

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

DOKTORA TEZİ

İŞ HUKUKU'NDA CEZAÎ ŞART

İrem YAYVAK NAMLI

2502130228

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT

İSTANBUL – 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : İREM YAYVAK NAMLI

Numarası : 2502130228

Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK

Danışmanı : PROF.DR. GÜLSEVİL ALPAGUT

Tez Savunma Tarihi : 30.05.2019

Saati : 14:00

Tez Başlığı : İŞ HUKUKUNDA CEZAI ŞART

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞU~~ KARAR verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. GÜLSEVİL ALPAGUT		KABUL
2- PROF. DR. FEVZİ ŞAHLANAN		KABUL
3- PROF. DR. ÖMER EKMEKÇİ		KABUL
4- PROF. DR. TUFAN ÖGÜZ		KABUL
5- PROF. DR. KÜBRA DOĞAN YENİSEY		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. MAHMUT KABAKCI		
2- DOÇ. DR. BAŞAK ZEYNEP BAYSAL ZEKİ		

ÖZ
İŞ HUKUKU'NDA CEZAÎ ŞART
İREM YAYVAK NAMLI

Borçlunun, borca aykırı davranması halinde alacaklı, sözleşmede kararlaştırılmış olan cezaî şartın ödenmesini talep edebilecektir. Böylelikle alacaklı, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde zararın ve borçlunun kusurunun ispat edilmesinin aranmadığı bir hukuki imkânâna sahip olmaktadır. Cezaî şart, sadece alacaklının ortaya çıkan zararını telafi etmek amacına sahip değildir. Bunun yanı sıra en önemli işlevi, borçlunun üzerinde kanundaki yaptırımlar dışında baskı kurmak suretiyle, borcun ifasının güvence altına alınmasıdır. Keza bazı durumlarda, cezaî şartın cezalandırma amacı olduğundan da söz etmek gerekir.

“İş Hukuku’nda Cezaî Şart” başlıklı çalışmamızda, cezaî şart kavramı öncelikle genel hükümler çerçevesinde ele alınmıştır. Bu çerçevede cezaî şartın amacı ve hukuki niteliği ile cezaî şart türleri dışında, özellikle cezaî şartın miktarı ve aşırı miktardaki cezaî şartın indirilmesi konuları üzerinde durulmuştur. Daha sonra cezaî şartın sıklıkla yer aldığı iş sözleşmeleri, özellikle genel işlem koşulları, feshe ilişkin ilkeler ve fesih türleri bağlamında inceleme konusu yapılmıştır. Ayrıca çalışma konumuzun kapsamı gereği, toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şart da değerlendirilmiştir. Son olarak cezaî şart kararlaştırılmasının özellik arz ettiği, iş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olan rekabet yasağı ile eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozu konuları incelenmiştir. Bu çalışma yapılırken, Yargıtay kararlarından da mümkün olduğunca yararlanılmıştır. Ayrıca çalışmamızda, yeri geldikçe İsviçre ve Alman Hukuku ile karşılaştırma da yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: cezaî şart, hâkimin indirim yetkisi, fesih, belirli süreli sözleşme, rekabet yasağı klozu, eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozu, toplu iş sözleşmesi.

ABSTRACT
PENALTY CLAUSE IN LABOR LAW
İREM YAYVAK NAMLI

If the debtor acts in contrary to the debt, the creditor may request the payment of the penalty clause if it has been agreed in the agreement. Thus, the creditor has a legal opportunity in case of a breach of the agreement where proving the damage and the failure of the debtor are not sought. The penalty clause is not intended to compensate only the resulting loss of the creditor. In addition to this, the most important function of the same is to ensure the performance of the debt through putting pressure on the debtor, other than sanctions in law. Likewise, in some cases, it is necessary to mention that the penalty clause has the purpose of punishment.

In our work titled "Penalty Clause in Labor Law", penalty clause was primarily approached within the framework of general provisions. In this context, other than the purpose and the legal nature of penalty clause and the types of the penalty clauses, especially the amount of the penalty clause and the reduction of the excessive amount of the penalty clause are discussed. Afterwards, the labor contracts where the penalty clause is frequently included, have been examined in the context of general transaction conditions, principles of termination and types of termination. In addition, due to the scope of the subject of our work, the penalty clause in the collective bargaining agreement was also evaluated. Finally, it has been emphasized on the matters of the repayment of training costs clause and non-compete clause, which have special importance on the determination of the penalty clause, to be valid following the termination of the labor contracts. While this work was carried out, the decisions of the Court of Cassation were referred to as much as possible. In addition, in our work, the comparison, when necessary, was also made with Swiss and German Law.

Keywords: penalty clause, reduction power of the judge, termination, fixed term agreement, general transaction conditions, non-compete clause, repayment of training costs clause, collective bargaining agreement.

ÖNSÖZ

Bireysel ve toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın, İsviçre ve Alman Hukuku da dikkate alınarak değerlendirilmeye çalışıldığı “İş Hukuku’nda Cezaî Şart” başlıklı bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı çerçevesinde doktora tezi olarak hazırlanmıştır.

Cezaî şart, geçmişten günümüze birçok özel hukuk sözleşmesinde sıklıkla yer alsa da, iş ilişkisinde geçerli olan bağımlılık unsuru dolayısıyla, iş sözleşmesi bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim konunun, genel işlem koşulu, feshe bağlı ilkeler, iş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olan rekabet yasağı ve eğitim gideri karşılığı geri ödeme klotu olmak üzere, incelenmesi gereken farklı hukuki alt yapıya sahip birçok boyutu vardır. Belirtilmelidir ki söz edilen niteliği nedeniyle bu çalışmayı hazırlamak, birçok alana ilişkin bakış açısı sağlaması açısından oldukça ufuk açıcıdır; ama aynı zamanda birçok farklı alana hâkimiyet sağlanmasını gerektirdiğinden zorluklar da barındırmaktadır. Bununla birlikte kavramın uzun geçmişine rağmen beraberinde getirdiği çetrefilli konuların halen güncelliğini koruması, gerek yargı kararlarında gerek doktrinde uzun ve yoğun tartışmalara neden olması önemini gözler önüne sermektedir. Bu vesile ile böylesine yaşayan ve daha uzun yıllar gündemde kalacak olan bir konuyu doktora tez çalışması olarak seçmemi tavsiye eden, çalışmamın son şeklini alması için bana vaktini ayıran, hem akademik hayatımda hem de özel hayatımda yol gösterici olan, daima örnek aldığım kişiliği ve özgün çalışmaları ile ışık kaynağı olan değerli Hocam sayın Prof. Dr. Gülsevil Alpagut’a, bana olan güveni ve sürekli desteği için ne kadar teşekkür etsem az olacaktır.

Akademide üretken olmanın önemine dair yaptığı vurgu ile daima çalışmaya teşvik etmesinin yanı sıra, yorulmaksızın çalışma şevkini sürekli gözlemlediğim değerli Hocam sayın Prof. Dr. Ömer Ekmekçi’ye, görüşleri ve yapıcı eleştirileri ile olaylara farklı açılardan yaklaşmamı sağladığı ve çalışmam sırasında gösterdiği ilgi ve destek için müteşekkirim. Lisans öğreniminde öğrencisi olabildiğim için kendimi ne kadar şanslı saysam da, emekliliği nedeniyle sadece kısa bir süre birlikte çalışma fırsatı bulabildiğim; fakat daima değerli görüşlerinden yararlanmama izin veren ve bana olan desteğini her zaman hissettiğim değerli Hocam sayın Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a

teşekkürü borç bilirim. Doktora tez komitemde ve jürimde bulunmayı kabul eden, her görüşmemizde içtenlik gösteren, tez konum hakkında yaptığı çalışmalar ile bakış açımı genişleten değerli Hocam sayın Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey'e teşekkürlerimi sunarım. Tez jürimde bulunmayı kabul ettiği ve vakit ayırdığı için değerli Hocam sayın Prof. Dr. Tufan Ögüz'e teşekkür ederim.

Kürsüye dâhil olduğumdan beri yardımlarını esirgemeyen değerli Hocam sayın Dr. Öğr. Üyesi Ender Gülver'e ve ayrıca çalışmam sırasında iş paylaşımında anlayış gösteren çalışma arkadaşlarıma teşekkür ederim.

Doktora tez çalışmamın Almanya Albert-Ludwigs-Universität Freiburg'da yapılan araştırma kısmının gerçekleşmesi amacıyla sağladığı burs için TÜBİTAK'a da teşekkürlerimi sunarım.

Doktora tez çalışmasının hazırlanması, oldukça uzun ve bir o kadar da meşakkatli bir süreç geçirilmesine neden olmaktadır. Bu süreçte, insanın hayatında önemli yere sahip olan kişilerin desteklerinin verdiği güç yadsınamaz. İşte varlıklarını kendime şans saydığım sevgili annem Gülden Yayvak ve sevgili babam Nüvit Yayvak ile sevgili eşim Mert Namlı'ya ne kadar teşekkür etsem az olacak.

İREM YAYVAK NAMLI

İSTANBUL, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZAÎ ŞARTA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I. CEZAÎ ŞART KAVRAMI VE TANIMI.....	6
A. Cezaî Şart Kavramı.....	6
B. Cezaî Şart Tanımı.....	9
II. CEZAÎ ŞARTIN AMACI.....	11
A. Güvence Amacı.....	13
B. Ceza Amacı.....	14
C. Telafi Amacı.....	16
III. CEZAÎ ŞARTIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	17
A. Ceza Niteliğinde Olduğu Görüşü.....	17
B. Tazminat Niteliğinde Olduğu Görüşü.....	18
C. Sigorta Niteliğinde Olduğu Görüşü.....	19
D. Hem Ceza Hem Tazminat Niteliğinde Olduğu Görüşü.....	20
IV. CEZAÎ ŞARTIN BENZER HUKUKİ KAVRAMLARDAN AYRILMASI.....	20
A. Götürü Tazminat.....	21
B. İş Hukuku'nda Disiplin Cezaları.....	26
C. Dönme Cezası ve Cayma Parası.....	29
1. Dönme Cezası ile Cezaî Şart İlişkisi.....	29
2. Dönme Cezası, Cayma Parası ve Cezaî Şart İlişkisi.....	32
D. Gerçek Olmayan Cezaî Şart.....	35
E. Teminat Akçesi.....	38

F. Garanti Sözleşmesi.....	39
G. Hak Düşürücü Kayıt ve Iskat Kaydı.....	40
V. GEÇERLİ BİR CEZAÎ ŞART KARARLAŞTIRILMASI İÇİN ARANAN	
UNSURLAR.....	43
A. Geçerli Bir Borç İlişkisi.....	43
1. Genel Olarak.....	43
2. Asıl Sözleşmenin Konusu Olabilecek Edimler.....	44
3. Asıl Sözleşmenin Hukukî Geçerli Olması.....	47
B. Cezaî Şart Anlaşması.....	49
1. Genel Olarak.....	49
2. Cezaî Şart Anlaşmasının Tarafları.....	50
a. Genel Olarak.....	50
b. Cezaî Şartın İfa Edileceği Kişinin Üçüncü Kişi Olması.....	52
c. Cezaî Şartın Borçlusunun Üçüncü Kişi Olması.....	54
3. Cezaî Şart Anlaşmasının Şekli.....	56
4. Cezaî Şart Anlaşmasının Asıl Sözleşme İle İlişkisi.....	58
5. Cezaî Şart Anlaşmasının İçeriği.....	59
6. Cezaî Şart Anlaşmasının Geçerliliği.....	61
7. Cezaî Şart Talebi Bakımından Zamanaşımı.....	66
C. Vaat Edilen Cezaî Şart	66
1. Cezaî Şart Olarak Kararlaştırılabilecek Edimler.....	67
a. Asıl Sözleşme Ediminden Bağımsız Bir Edim Olması.....	67
b. Ekonomik Değere Sahip Her Türlü Edim Olabilmesi.....	69
c. Her Türlü Hukukî İşlemden Doğabilmesi.....	70
2. Cezaî Şart Olarak Kararlaştırılamayacak Edimler.....	71
3. Cezaî Şart Ediminin Geçersizliği.....	72
VI. CEZAÎ ŞARTIN ÖZELLİKLERİ.....	72
A. Geciktirici Şarta Bağlı Borç Olması.....	72
B. Cezaî Şartın Fer'i Niteliği.....	73
1. Genel Olarak.....	73
2. Cezaî Şartın Fer'i Niteliğinin Ortaya Çıkardığı Hukukî Sonuçlar...74	
a. Asıl Sözleşmenin Geçerliliğinin Cezaî Şarta Etkisi.....	74

b. Şekil Bakımından Sonuçları.....	78
(1) Asıl Sözleşmenin Kanundaki Şekle Tâbi Olmasının Cezaî Şart Anlaşmasına Etkisi.....	78
(2) Asıl Sözleşmenin Sözleşmeden Doğan Şekle Tâbi Olmasının Cezaî Şart Anlaşmasına Etkisi.....	79
VII. CEZAÎ ŞARTIN TALEP EDİLME ŞARTLARI.....	81
A. Cezaî Şartın Muaccel Olma Zamanı.....	81
B. Cezaî Şartın Muaccel Olma Şartları.....	84
1. Borca Aykırılığın Meydana Gelmesi	84
a. Verme veya Yapma Borcu Halinde.....	85
b. Yapmama Borcu Halinde.....	86
c. İfa Zamanında Gecikme Olması veya İfanın Belirlenen Yerde Yapılmaması.....	89
2. Borçlunun Kusuru.....	90
3. Zarar.....	94
C. İspat Yüğü.....	95
VIII. CEZAÎ ŞART TÜRLERİ.....	96
A. Seçimlik Cezaî Şart.....	98
1. Seçimlik Cezaî Şartın Türleri.....	98
a. Taraflarca Seçimlik Cezaî Şart Kararlaştırılması.....	98
b. Kanuni Seçimlik Cezaî Şart.....	99
(1) Genel Olarak.....	99
(2) Borcun Hiç İfa Edilmemesi Halinde Cezaî Şart.....	101
(3) Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesi Halinde Cezaî Şart..	104
2. Seçim Beyanı.....	105
a. Seçim Beyanında Bulunmanın Şekli.....	105
b. Seçim Beyanının Hukuki Niteliği.....	105
(1) Genel Olarak.....	105
(2) Seçimlik Yetki Görüşü.....	106
(3) Seçimlik Borç Görüşü.....	108
(4) Seçim Hakkı Görüşü.....	110
(5) Değerlendirme ve Görüşümüz.....	112

c. Seçim Beyanında Bulunma Süresi.....	113
d. Seçim Beyanının Kullanılmasının Doğurduğu Hukuki Sonuçlar..	117
3. Seçimlik Cezaî Şart Hükmünün Emrediciliği	119
B. İfaya Eklenen Cezaî Şart	120
1. Genel Olarak.....	120
2. İfaya Eklenen Cezaî Şartın Türleri.....	121
a. Taraflarca İfaya Eklenen Cezaî Şart Kararlaştırılması.....	121
b. Kanuni İfaya Eklenen Cezaî Şart.....	122
(1) Borcun Belirlenen Zamanda Veya Yerde Yerine Getirilmemesi Hali.....	122
(2) Cezaî Şart Talep Hakkını Ortadan Kaldıran Haller.....	127
C. İfayı Engelleyen Cezaî Şart.....	132
IX. CEZAÎ ŞARTIN MİKTARI.....	134
A. Genel Olarak.....	134
B. Cezaî Şartı Aşan Miktarın Talep Edilmesi.....	136
1. Genel Olarak.....	136
2. Aşkın Zararın Talep Edilebilmesinin Şartları.....	139
X. HÂKİMİN AŞIRI GÖRDÜĞÜ CEZAÎ ŞARTI İNDİRME YETKİSİ.....	141
A. 818 Sayılı Borçlar Kanun Dönemi.....	141
B. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Dönemi.....	143
1. Amacı	143
2. Hukuki Niteliği.....	148
3. Hâkimin Aşırı Cezaî Şartı İndirme Yetkisini Kullanması.....	151
a. Genel Olarak.....	151
b. Hâkimin İndirim Yetkisini Kullanması İçin Gerekli Şartlar.....	152
c. Cezaî Şart Miktarının Aşırılığı ve Tespiti.....	154
d. İfa Edilmiş Cezaî Şartın İndirilmesi Sorunu.....	155
e. Aşırı Miktardaki Dönme Cezasının İndirilmesi Sorunu....	158
f. Tacir Sıfatına Sahip Borçlu Bakımından Cezaî Şartın İndirilmesi.....	159
4. Hâkimin Takdir Yetkisinin Sınırları.....	164

5. Hâkimin Takdir Yetkisini Kullanırken Dikkate Alacağı Ölçütler.	166
a. Genel Olarak.....	166
b. Alacaklının Menfaati.....	169
c. Asıl Sözleşme İhlalinin Ağırılığı.....	170
d. Tarafların Kusurunun Ağırılığı	172
e. Tarafların Ekonomik Durumları.....	173
f. Asıl Sözleşmenin Türü ve Süresi.....	174
g. Asıl Sözleşme İle İlişkili Diğer Haller.....	176
6. Hâkimin Takdir Yetkisini Kullanırken Dikkate Alacağı Zaman Dilimi.....	177

XI. BORÇLU VEYA ALACAKLININ ÖLÜMÜ HALİNDE CEZAÎ ŞART...179

İKİNCİ BÖLÜM

BİREYSEL VE TOPLU İŞ HUKUKU'NDA CEZAÎ ŞART

I. İŞ İLİŞKİSİNDE CEZAÎ ŞART.....	181
A. Genel Bakış.....	181
B. Genel İşlem Koşulu Bakımından Cezaî Şartın Geçerliliği.....	183
1. Genel İşlem Koşulu Kavramı.....	183
a. İş Sözleşmesinde Yer Alan Genel İşlem Koşuluna İlişkin Kanuni Düzenlemeler.....	183
b. Genel İşlem Koşulu Tanımı ve Unsurları.....	187
c. Genel İşlem Koşuluna İlişkin Düzenlemelerin Uygulama Alanı.....	189
2. Alman Hukuku'ndaki Genel İşlem Koşuluna İlişkin Hükümlerin Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi.....	191
a. Borçlar Hukuku Reformunun Genel İşlem Koşullarına Etkisi.....	191
b. Cezaî Şart Yasağı.....	194
(1) Cezaî Şart Yasağının Mutlak Olduğu Görüşü.....	196

(2) Cezaî Şart Yasağının İş Sözleşmesine Uygulanamayacağı Görüşü.....	196
(3) Cezaî Şart Yasağının Belirli Alanla Sınırlı Olduğu Görüşü.....	196
i. Cezaî Şart Yasağının Hükümde Sayılı Haller İle Sınırlı Olduğu Görüşü.....	197
ii. İş Hukuku'nda Geçerli Olan Özel Durumlar İfadesine Dayanan Görüş.....	198
c. İşçinin Tüketici Kabul Edilmesi Halinde Cezaî Şart.....	205
(1) İşçinin Tüketici Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorunu.....	205
(2) İşçinin Tüketici Kabul Edilmesinin Cezaî Şarta Etkisi.....	212
3. Genel İşlem Koşulları Denetimi ve Cezaî Şarta Etkisi.....	216
a. Emredici Hükümlere Aykırı Cezaî Şart Kararlaştırılması Halinde.....	216
b. Genel İşlem Koşullarının Üç Aşamalı Olarak Denetlenmesi.....	217
(1) Yürürlük Denetimi.....	218
(2) Yorum Denetimi.....	222
(3) İçerik Denetimi.....	225
i. İçerik Denetiminin Kapsamı.....	225
ii. Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak Karşı Tarafın Aleyhine Düzenleme.....	227
iii. Şeffaflık Denetimi.....	237
C. Tarafların Borçları Bakımından Cezaî Şartın Geçerliliği.....	240
1. İşçinin Borçları Bakımından.....	240
a. Genel Olarak.....	240
b. İşçinin Bizzat Çalışma Borcu ve Cezaî Şart.....	241
c. İşçinin Özen Borcu ve Cezaî Şart.....	242
2. İşverenin Borçları Bakımından.....	251
a. Genel Olarak.....	251

b. Ücret Ödeme Borcu ve Cezaî Şart.....	252
c. İşçiyi Gözetme Borcu ve Cezaî Şart.....	253
d. Eşit Davranma Borcu ve Cezaî Şart.....	256
D. İş Sözleşmesinin Feshi Halinde Cezaî Şartın Geçerliliği.....	258
1. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Feshi ve Cezaî Şartın Geçerliliği.....	259
a. Feshe Hâkim Olan İlkeler Bakımından Cezaî Şart.....	262
(1) Fesih Özgürlüğü ve Cezaî Şart.....	263
(2) Fesih Bildirim Süresi ve Cezaî Şart.....	269
(3) Fesih İçin Neden Bulunması ve Cezaî Şart.....	277
(4) İşçi Aleyhine Tek Taraflı Cezaî Şart Yasağı.....	280
i. 818 sayılı Borçlar Kanunu Dönemi.....	280
ii. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Dönemi.....	283
b. Feshe Bağlanan Hukuki Yaptırımlar ile Cezaî Şart İlişkisi.....	294
(1) Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması Halinde....	294
i. Genel Olarak.....	294
ii. Kötüniyet Tazminatı İle Cezaî Şart İlişkisi.....	297
(2) Haklı Nedenle Fesih Halinde.....	304
i. Haklı Nedenle Fesheden Taraf Aleyhine Cezaî Şartın Geçerliliği.....	305
ii. Haklı Nedenle Feshe Yol Açan Taraf Aleyhine Cezaî Şartın Geçerliliği.....	308
(3) Usulsüz, Geçersiz veya Haksız Fesih Halinde....	312
i. Genel Olarak.....	312
ii. Feshin Hukuki Sonuçlarının Mutlak Emrediciliği ile Cezaî Şart İlişkisi.....	317
iii. Haksız Fesih Tazminatı ile Cezaî Şart İlişkisi.....	325
(4) İşçinin Haklı Neden Olmaksızın İşe Başlamaması veya İş Bırakması Halinde.....	329
i. Genel Olarak.....	329
ii. İşçinin Haksız Feshinin Hukuki Sonuçları İle Cezaî Şart İlişkisi.....	331

2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Feshi ve Cezaî Şartın Geçerliliği...	337
a. Genel Olarak.....	337
b. İşveren Tarafından Haksız Fesih ve Cezaî Şart.....	342
(1) 818 sayılı Borçlar Kanunu Döneminde.....	342
(2) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Döneminde....	347
i. Bakiye Süre Ücreti Tutarında Tazminat Bakımından.....	347
ii. Haksız Fesih Tazminatı Bakımından.....	350
c. İşçi Tarafından Haksız Fesih ve Cezaî Şart.....	351
(1) 818 Sayılı Borçlar Kanunu Döneminde.....	351
(2) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Döneminde....	354
d. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Objektif Neden Yokluğundan Belirsiz Süreli Sayılması ve Cezaî Şart Sorunu.....	359
(1) Yargıtay Dairelerinin Farklı Kararları.....	359
(2) Doktrinde İleri Sürülen Görüşler.....	362
i. Objektif Neden Yokluğunun İşverence İleri Sürülmesine İlişkin Görüşler.....	362
ii. Sözleşmenin Belirsiz Süreli Sayılması Haline İlişkin Görüşler.....	364
(3) Değerlendirme ve Görüşümüz	367
3. Azami ve Asgari Süreli İş Sözleşmesi ve Cezaî Şartın Geçerliliği.	368
a. Genel Olarak.....	368
b. Azami Süreli İş Sözleşmesi ve Cezaî Şart.....	369
c. Asgari Süreli İş Sözleşmesi ve Cezaî Şart.....	371
(1) Genel Olarak.....	371
(2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi Rejimine Tâbi Tutan Görüş Bakımından.....	373
(3) Belirli Süreli İş Sözleşmesi Rejimine Tâbi Tutan Görüş Bakımından.....	376
(4) Karma Görüş Bakımından.....	377
(5) Değerlendirme ve Görüşümüz.....	380
II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDE YER ALAN CEZAÎ ŞART.....	383

A. Genel Olarak.....	383
B. Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri Bakımından Cezaî Şart.....	385
1. Normatif Hükümler Bakımından Cezaî Şart.....	385
a. İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Hükümler Bakımından.....	386
b. İş Sözleşmesinin İçeriğine İlişkin Hükümler Bakımından.....	386
c. İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler Bakımından.....	387
(1) Genel Olarak.....	387
(2) İş Güvencesi Sistemi Yürürlüğe Girmeden Önceki Durum.....	391
(3) İş Güvencesi Sistemi Yürürlüğe Girdikten Sonraki Durum.....	393
2. Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümler Bakımından Cezaî Şart.....	395
C. Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Cezaî Şartın Miktarı.....	398
1. Cezaî Şart Miktarı ve Aşırılığının Tespitinde Özellik Arz Eden Durumlar.....	398
2. Aşırı Miktardaki Cezaî Şarta Hâkimin Müdahalesi.....	400
D. Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Cezaî Şartın Yorumlanması.....	403

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BAZI ÖZEL DURUMLAR BAKIMINDAN İŞ HUKUKU'NDA CEZAÎ ŞART

I. REKABET YASAĞI HALİNDE CEZAÎ ŞART.....	407
A. Genel Olarak.....	407
B. Rekabet Yasağının Uygulama Alanı.....	412
1. Rekabet Yasağının Kişi Bakımından Uygulama Alanı.....	412
2. Rekabet Yasağının Zaman Bakımından Uygulama Alanı.....	414
3. Rekabet Yasağının İşçinin Faaliyetleri Bakımından Uygulama Alanı.....	418

C. Rekabet Yasağının Geçerlilik Şartları.....	422
1. Fiil Ehliyetine Sahip Olma.....	422
2. Sözleşme Taraflarının Anlaşması.....	425
3. Yazılı Şekil Şartına Uyulması.....	426
4. Karşı Edim Belirlenmesi.....	429
5. İşverenin Korunmaya Değer Haklı Ekonomik Menfaati Bulunması.....	435
a. Müşteri Çevresi, Üretim Sırları Veya İşverenin Yaptığı İşler Hakkında Bilgi Edinme İmkânı.....	437
(1) Üretim Sırları Hakkında Bilgi Edinme İmkânı....	438
(2) Müşteri Çevresi Hakkında Bilgi Edinme İmkânı..	440
(3) İşverenin Yaptığı İşler Hakkında Bilgi Edinme İmkânı.....	442
b. İşçinin Edindiği Bilgilerin İşverenin Önemli Bir Zararına Neden Olacak Nitelikte Olması.....	442
6. Kanunda Yer Alan Geçersizlik Hallerini Taşımaması.....	444
7. Rekabet Yasağı Sözleşmesi Yapma Yasağı Bulunmaması.....	445
D. İşçinin Ekonomik Geleceğinin Hakkaniyete Aykırı Şekilde Tehlikeye Düşürülmemesi.....	445
1. Süre Bakımından Sınırlama.....	449
2. Yer Bakımından Sınırlama.....	451
3. Konu Bakımından Sınırlama.....	455
E. Geçerli Bir Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Hukuki Sonuçları.....	458
F. Rekabet Yasağının Geçersizliği.....	459
1. Geçersizlik.....	459
2. Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi.....	460
G. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İhlal Edilmesi Ve Hukuki Sonuçları.....	463
1. Genel Olarak.....	463
2. İşverenin Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı.....	464
3. İşverenin Yasağa Aykırı Davranışa Son Verilmesini Talep Etme Hakkı.....	467
4. İşverenin Cezaî Şart Talep Etme Hakkı.....	469

a. Genel Olarak.....	469
b. Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Kararlaştırılan Cezaî Şartın Geçerliliği.....	471
(1) Geçerlilik Şartları.....	471
(2) Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulu Olarak Düzenlenen Cezaî Şartın Denetimi.....	473
c. Cezaî Şartın Muaccel Olması.....	477
d. Cezaî Şartın Ödenmesi.....	479
(1) Cezaî Şarta İlişkin Hükümler ile Rekabet Yasağına İlişkin Hükümler Arasındaki İlişki.....	479
(2) Rekabet Yasağının Birden Çok Kez İhlal Edilmesi veya Devam Eden İhlal Hallerinde Cezaî Şart.....	483
e. Rekabet Yasağının İhlali İçin Kararlaştırılan Cezaî Şartın Miktarı ve Hâkimin İndirim Yetkisi.....	488
II. EĞİTİM GİDERİ KARŞILIĞI GERİ ÖDEME KLOZU.....	494
A. Eğitim, Mesleki Eğitim Ve Geri Ödeme Klozu Kavramları.....	494
1. Eğitim ve Mesleki Eğitim Kavramları	494
2. Geri Ödeme Klozu Kavramı.....	496
B. Eğitim Gideri Karşılığı Geri Ödeme Kloxunun Konusu.....	501
1. Eğitim Gideri Karşılığı Geri Ödeme Kloxunun Konusu Olabilecek Giderler.....	501
2. Eğitim Gideri Karşılığı Geri Ödeme Kloxunun Konusu Olamayacak Giderler.....	502
C. Eğitim Gideri Karşılığı Geri Ödeme Kloxunun Denetimi.....	505
1. Genel Olarak.....	505
2. Genel İşlem Koşulu İçerik Denetimi.....	506
3. Menfaat Denetimi.....	509
a. İşçinin Eğitim Sonucunda Menfaat Elde Etmesi.....	509
b. İşverenin Haklı Menfaatinin Bulunması.....	511
c. Denetimde Esas Alınacak Ölçütler.....	512
(1) Eğitim Gideri.....	512
(2) Bağlanma Süresi.....	513

i. Genel Olarak.....	513
ii. Bağlanma Süresi Bakımından Ortaya Çıkabilecek Sorunlar.....	517
(3) Eğitimin Süresi ve Niteliği.....	522
D. Geri Ödenmesi Kararlaştırılan Miktar.....	523
1. Geri Ödenmesi Kararlaştırılan Miktar ve Sınırları.....	523
2. Geri Ödenmesi Talep Edilen Miktarın İspatı.....	526
3. Geri Ödenmesi Talep Edilen Miktarda İndirim Yapılması.....	528
E. Geri Ödeme Kızı Kararlaştırma Zamanı.....	530
F. Geri Ödeme Yükümlülüğü Kararlaştırılmasının Geçerlilik Şartları.....	531
1. Şekil.....	532
2. Geri Ödeme Yükümlülüğünün İçeriği.....	532
3. İşverenin İşçiyi Belirli Bir Süre İşyerinde Çalıştırmayı Taahhüt Etmesi.....	533
4. İşverenin Eğitim Verme Yükümlülüğünün Olmaması.....	534
G. Geri Ödeme Yükümlülüğü İle Cezaî Şart İlişkisi.....	535
H. Geri Ödeme Yükümlülüğünün Muaccel Hale Gelmesi.....	544
1. Muacceliyet Şartının Gerçekleşmesi.....	545
a. İşçinin İş Sözleşmesini Feshetmesi.....	549
b. İşverenin İş Sözleşmesini Feshetmesi.....	553
c. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi İçin Anlaşma Yapılması....	559
2. Eğitimin Tamamlanmaması veya İşçinin Eğitim Sonucunda Başarısız Olmasının Hukuki Sonuçları.....	560
SONUÇ	564
KAYNAKÇA	577
ÖZGEÇMİŞ	644

KISALTMALAR LİSTESİ

AGB	: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGG	: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AP	: Arbeitsgerichtliche Praxis
ArbGG	: Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRB	: Arbeitsrechtsberater
Art.	: Artikel
AuR	: Arbeit und Recht
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAG	: Bundesarbeitsgericht
Basın İşK	: Basın İş Kanunu
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	: Betriebs-Berater
BBiG	: Berufsbildungsgesetz
BEEG	: Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BetrVG	: Betriebsverfassungsgesetz
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	: Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	: Bundesgerichtshof
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız

C.	: Cilt
Çimento İşv. D.	: Çimento İşveren Dergisi
DB	: Der Betrieb
Deniz İşK	: Deniz İş Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnotu
E.	: Esas
EGBGB	: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EntgFG	: Entgeltfortzahlungsgesetz
f.	: Fıkra
GG	: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
HGB	: Handelsgesetzbuch
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İHD	: İş Hukuku Dergisi
İHU	: İş Hukuku Uygulaması
İşK	: İş Kanunu
İşveren D.	: İşveren Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Kamu-İş	: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Dergisi
Karş.	: Karşılaştırınız

LAG	:Landesarbeitsgericht
Legal İSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	: Madde
Mercek Der.	: Mercek Dergisi
MuSchG	: Mutterschutzgesetz
N.	: Numara
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
No.	: Numara
NZA	: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	: Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
OR	: Obligationenrecht
RdA	: Recht der Arbeit
RG.	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer
s.	: Sayfa
S.	: Sayı/ Seite
SenTİSK	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
Tekstil İşveren	: Türkiye Tekstil Sanayiî İşverenleri Sendikası Dergisi
Tis	: Toplu İş Sözleşmesi

TİSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TÜHİS	: Türkiye Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Dergisi
TVG	: Tarifvertragsgesetz
vd.	: ve devamı
vs.	: ve sair
Y.	: Yıl
YD.	: Yargıtay Dergisi
Y.7.HD.	: Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi
Y.9.HD.	: Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi
Y.22.HD.	: Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi
Y.HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZfA	: Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	: Zivilprozessordnung

GİRİŞ

Taraflar arasındaki borç ilişkisine aykırılık haline yönelik olarak, uzun yıllardır elde edilen deneyimler sonucunda, kanunlarda çeşitli yaptırımlar düzenlenmiştir. Fakat borç doğuran sözleşmelerde, borcun yerine getirilmemesi halinde taraflar, çoğunlukla ikincil bir ifa yükümlülüğü öngören klozlara da yer vermektedir¹. İşte borçluya kanundaki hukuki yaptırımlar dışında sözleşmeden kaynaklanan bir ifa yükümlülüğü getiren kurumlardan uygulamada en sık karşılaşılanı cezaî şarttır. Cezaî şartın da çoğunlukla yer verildiği sözleşmelerden bir tanesi ise iş sözleşmesidir. Bununla beraber iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın geçerliliği, tarafların ekonomik olarak eşit konumda bulunmamaları, yani bağımlılık unsuru dolayısıyla kanuni düzenlemeler ve toplu iş sözleşmeleri yoluyla çeşitli sınırlamalara tâbi tutulmaktadır.

Cezaî şartın geçmişi aslında oldukça eskidir. Öyle ki geç dönem Babil Hukuku ile Antik Mısır papirüslerinde, günlük yaşamda kullanılan sözleşmelerde sıklıkla yer verildiği görülmektedir². Bu hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Roma ve Alman Hukuku'nda da cezaî şart kurumundan, cezalandırma ve zararın tazmin edilmesi amaçları ile yararlanılmaktaydı. Özellikle Roma Hukuku'nda özel borç ilişkilerinde cezaî şartın önemi daha fazlaydı. Zira bu hukuk sisteminde, özel borç ilişkisinden doğan borcun ifa edilmemesine yönelik kanuni düzenlemeler oldukça azdı³. Hatta

¹ Detlev Fischer, **Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung: eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung**, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1981, s.19.

² Rolf Knütel, **Stipulatio Poenae: Studien zur römischen Vertragsstrafe**, Köln, Böhlau Verlag, 1976, s.13; Fischer, s.19.

³ Knütel, s.13-14; Fischer, s.19-20. Roma Hukuku döneminde yıllar içinde evrilen çeşitli amaçlar gözetilerek, sözleşmelerde cezaî şarta yer verilmekteydi. Ancak kanuna ya da ahlaka aykırı olmamakla birlikte, genellikle dava edilemeyen alacaklar için cezaî şart kararlaştırıldığı görülmekteydi. İlerleyen yıllarda ise cezaî şartın sadece hukuki koruma getirme amacı aşılıarak, asıl borcun güçlendirilmesine hizmet ettiği düşüncesi yoğunluk kazanmıştır. İşte bu düşünce ile birlikte artık dava edilebilen alacaklar için de sıklıkla “*poena conventionalis*” kararlaştırılmıştır. Roma Hukuku'nda cezaî şart kurumunun kabul edilmesinde diğer bir amaç olarak, tıpkı günümüzdeki hukuk sistemlerinde olduğu gibi, alacaklının zararı ispat güçlüğü gösterilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Knütel, s.55; Kurt Braun, **Die Vertragsstrafe nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch**, Augsburg, Druckerei-Verlag Hans Rösler, 1992, s.1; Josef Kabakoff, **Die Vertragsstrafe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche**, Borna Leipzig, Buchdruckerei Robert Noske, 1913, s.1. Esasında Roma Hukuku'nda doktrinde cezaî şartın güvence ve menfaatlerin denkleştirilmesi amaçlarının olduğu konusunda görüş birliği vardı. Fakat cezaî şartın hukuki niteliği konusu oldukça tartışmalıydı. Bu konuda bkz. Braun, s.2; Kabakoff, s.2.

kanuni düzenlemelerin azlığından kaynaklı olarak, sözleşmelerde yer alan özel ceza ile cezaî şart arasındaki benzerlikler de oldukça fazlaydı⁴.

Orta Çağ'da ise Kanonik Hukuk döneminde, dini-ahlaki kuralların etkisi ile cezaî şartın cezalandırma amacı yerini, zararın tazmini amacına bırakmıştır. Hatta bu amaca verilen önem nedeniyle ilk defa bu çağda, hâkimin cezaî şart miktarına müdahale etmesi gerektiği düşüncesi ortaya çıkmıştır⁵. Bu düşünce çağlar boyu gelişerek, cezaî şartın aşırılığı halinde hâkimin indirim yetkisi olarak kanunlarda düzenlenmiştir.

Antik Çağ ve Orta Çağ'da sözleşme borcunun yerine getirilmesinde önemli bir kavram olarak kabul edilen cezaî şart, 20.yüzyıla⁶ gelindiğinde, özellikle 1950'li yılların ortasından 1970'li yılların sonlarına kadar, doktrinde oldukça cömert şekilde tartışılmıştır. Bununla beraber 1980'li yılların başında konu hakkında o kadar az monografi yazılmıştır ki, konunun bilimsel olarak ele alınmasının sonlandığı şeklinde yanlış bir izlenime yol açmıştır⁷. Oysa ki günümüzde sözleşmenin ihlali ve bu ihlal nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmininin yanı sıra cezaî şart kurumu, özellikle

⁴ Burada “özel ceza” ile kast edilen aslında “medeni ceza”dır. Roma Hukuku'nda, Ceza Hukuku olarak ayrı bir hukuk dalı mevcut değildi; çünkü bu dal Özel Hukuk kapsamında kabul edilmekteydi. Dolayısıyla özel ceza, zarar görenin, hafif veya orta derecede suç işleyene karşı uygulayabileceği bir ceza hakkına sahip olduğunu açıkladığı bir yaptırım olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı zamanda özel ceza bir üst başlık olarak kabul edildiğinden, sözleşmelerdeki cezaî şartın da özel ceza olarak ifade edildiği belirtilmelidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Knütel, s.4; Eduard Bötticher, “Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle”, *ZfA*, 1970/1, s.5; Fischer, s.20, dn.9. Her ne kadar özel ceza ile cezalandırma işlevi yerine getirilse de örneğin, kişilik hakkına verilen zarar nedeniyle para edimi olarak bir ceza kararlaştırıldığında, aynı zamanda miktarı kesin olarak ölçülemeyen manevi zararın tazmini de yerine getirilmiş olmaktadır. Bu nedenle doktrinde, bu iki işlevin birbirinden ayıramayacağı da ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. Hans Stoll, “Schadensersatz und Strafe”, *Ius privatum gentium Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969*, Band II: Nationales und Vergleichendes Privatrecht, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 1969, s.569-570.

⁵ Hatta Kanonik Hukuk döneminde ilk defa, borçlunun korunması düşüncesi ile Kanonik hukukçulardan Hostensis tarafından, hâkimin cezaî şarta müdahale etme yetkisi olması gerektiği savı ortaya konulmuştur. Bu bağlamda Hostensis, cezaî şartın miktarının asıl sözleşmeden doğan borcun değerinin iki katını aşması halinde, hâkimin indirim yetkisine sahip olması gerektiğini iustianische lex unica'ya uygulamıştır. Nihayet bu kabul, ius civile de yansımıştır. Bu dönem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fischer, s.20-21.

⁶ 18. Yüzyılın sonundan 19. Yüzyılın başına kadar olan dönemde kanunlarda (örneğin 1811 tarihli *Alman Borçlar Kanunu*, *Fransız Code Civil*) zararın tazmini anlayışının hâkimiyetinde cezaî şarta yer verilmekteydi. Nitekim Kanonik Hukuk'un etkisi ile ortaya çıkan borçlunun korunması düşüncesiyle, cezaî şartın zararın tazminine hizmet ettiği görüşü, bu dönemde geçerli olan Hukuk'un adalet düşüncesi ile de uyumludur. Bkz. Braun, s.3-4.

⁷ Bernhard Beisenkötter, *Arbeitsvertragsbruch durch den Arbeitnehmer Schadensersatz und Vertragsstrafe*, Münster, Selbstverlag, 1997, s.1.

uygulamada halen önemli bir yere sahiptir⁸. Bunun temelinde nitelikli işçi yönünden dar bir çalışma piyasasının egemen olması ve buna bağlı olarak işletmelerin, nitelikli iş gücünü işletmeye bağlama ihtiyacı yatmaktadır. İşçinin işyerindeki devamlılığının sağlanmasına çözüm olarak, uzun süreli iş sözleşmeleri bağtılamak, fesih bildirim sürelerini uzatmak ve benzeri önlemler alınmaya çalışılmıştır. Fakat bu önlemlerin çoğu, daha iyi koşullarda çalışma imkânı elde eden işçinin iş sözleşmesini sona erdirmesini engellemeye yetmemiştir⁹. Hal böyleyken nitelikli işçinin iş sözleşmesini feshetmesinin, işverene vereceği zararlar da yadsınacak boyutta değildir. Zira nitelikli işçinin kaybedilmesi demek, işverenin bu işçi yerine benzer niteliklere sahip yeni bir işçi bulmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte çalışma piyasasındaki nitelikli iş gücünün azlığı ve uzun süren işçi bulma prosedürü nedeni ile işletmenin bu süreçte yaşayabileceği ekonomik kayıplar yeni çareler aranmasına yol açmıştır¹⁰. İşçinin korunmasının odak noktaya alındığı günümüz hukuk sistemlerinde, geçmişi uzun yıllara dayanan cezaî şart kurumu işveren bakımından âdeta can simidi olmuştur.

Cezaî şartın sözleşmelerde sıklıkla başvurulmuş bir kurum olması, özellikle cezaî şartı vaat eden açısından doğurabileceği sakıncalar ile borçlunun korunması ilkesinin göz ardı edilmesine de yol açmamıştır. Nitekim bu husus kanun koyucu nazarında da ele alınmış ve cezaî şartın çeşitli alanlarda kararlaştırılması ya yasaklanmış ya da önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Bununla beraber bu sınırlamalar, “cezaî şart” teriminden başlayarak, geçersizliğine kadar neredeyse kavramın her bir noktasına yönelik tartışmaların önüne geçemediği gibi, çoğu zaman başka tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

Cezaî şartın kısaca yer verdiğimiz geçmişinden de anlaşılacağı üzere, birçok hukuk sisteminde, zaman içinde cezaî şart kavramına bakış dinamik bir çizgi izlemiştir. Bu kapsamda özellikle kavramın cezalandırma ve zararın tazmini amaçları yönünden değerlendirilmesinde belirgin farklılıklar ortaya çıkmıştır. Günümüzde ise kavramın hukuki niteliği ve amacı yönünden yıllardır süren tartışmalar, yerini daha çok uygulamada yaşanan sorunlara çözüm bulma arayışına bırakmıştır. Yani çoğu

⁸ Meinhard Heinze, “Konventionalstrafe und andere Sanktionsmöglichkeiten in der arbeitsrechtlichen Praxis”, **NZA**, Heft 6, 1994, s.244-245.

⁹ Beisenkötter, s.1.

¹⁰ Beisenkötter, s.1-2.

kavramda olduğu gibi, teoriden pratiğe doğru bir gelişim çizgisi izlenmiştir. Bu çerçevede iş sözleşmesini ele alırsak, sözleşmenin türüne göre cezaî şartın geçerliliği ile genel işlem koşulları açısından cezaî şart, bugünkü tartışmaların odak noktasında yer almaktadır.

İş Hukuku'nda cezaî şart konulu bu çalışma, giriş dışında üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, cezaî şarta ilişkin genel bilgilere hasredilmiştir. Bu kapsamda öncelikle terminoloji bakımından birlik olmayan cezaî şart kavramı ile günümüzde tartışma konusu olmaktan büyük ölçüde çıkmış olsa da, kavramın ortaya çıkardığı sorunların çözümünde gerekliliği yadsınamayacağından, cezaî şartın amacı ile hukuki niteliği incelenmiştir. Daha sonra esasen sözleşmede yer alan düzenlemeye uygulanacak hükümleri tespit etmek adına önem arz eden bir konu olarak, cezaî şartın benzer hukuki kavramlardan ayrılması üzerinde durulmuştur. Belirtilmelidir ki bu paragrafta karşılaştırma yapılan kavramların çoğaltılabilmesi elbette ki mümkündür. Fakat çalışma konusunun kapsam bakımından genişliği gözetilerek, birbirine benzerliklerinin fazla olduğu takdir edilen kavramlar ile sınırlı kalınmıştır. Cezaî şartın geçerlilik şartları ile talep edilme şartları üzerinde ayrı ayrı durulduktan sonra, son olarak konumuz bakımından önemli olarak addedilebilecek olan cezaî şartın türleri ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bir sonraki paragraf, doktrinde halen çeşitli açılardan oldukça tartışmalı olan ve yargı kararları ile ölçütleri belirlenen cezaî şart miktarı ile aşırı olması halinde indirilmesi konusuna ayrılmıştır.

Bireysel ve Toplu İş Hukuku'nda cezaî şart başlıklı ikinci bölüm, çalışmamızın merkezinde bulunmakta olup, iki paragraftan oluşmaktadır. Bu bölümde ilk olarak, özellikle son dönemde, Almanya'da cezaî şarta ilişkin olarak yazılan eserlerin neredeyse tamamının konusu olan, genel işlem koşulları bağlamında cezaî şartın geçerliliği üzerinde, Türk ve Alman Hukuku karşılaştırmalı olarak durulmuştur. Daha sonra İş Hukuku'nda cezaî şart konusunun genellikle iş sözleşmesinin sona erdiği haller ile sınırlı kapsamda ele alındığı tespitinden hareketle, işçinin ve işverenin borçlarına yönelik cezaî şart kararlaştırılmasına dikkat çekilmesi amaçlanmıştır. Bir sonraki alt başlıkta ise belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshine özgü olarak, feshe hâkim olan ilkeler çerçevesinde cezaî şartın geçerliliği incelenmiştir. Bu kapsamda özellikle fesih özgürlüğü ilkesi ile tek taraflı cezaî şart kararlaştırılma yasağı ayrıntılı olarak

irdelenmiştir. Devamında, uygulamada Türk Hukuku bakımından tartışmaların merkezi konumunda bulunan iş sözleşmesinin feshinde cezaî şart, kanunda ve doktrinde kabul edilen fesih türleri ile sözleşme türleri esas alınarak incelemeye tâbi tutulmuştur. Bu bölümde son olarak “İş Hukuku” bağlamında cezaî şart kavramının önem arz ettiği, toplu iş sözleşmesinde cezaî şart konusu değerlendirilmiştir.

Nihayet üçüncü bölümde, bazı özel durumlar bakımından İş Hukuku’nda cezaî şart konusuna değinilmiştir. Bu çerçevede oldukça farklı tartışma konuları doğuran ve İş Hukuku ile bağlantılı olduğu için çalışmamızda yer verildiği sırayla, rekabet yasağı halinde cezaî şart ve eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozu konuları incelenmiştir.

Belirtilmelidir ki çalışmanın amacı karşılaştırmalı hukuk araştırması yapmak olmadığından, çalışmada esas olarak Türk Hukuku ele alınmıştır. Bununla beraber doktora tezi olarak hazırlanan bir çalışmada, farklı hukuk sistemlerinin incelenmesi, çalışmaya esas alınan hukuk bakımından tartışmalara çözüm arama sürecinde hayati öneme sahiptir. Dolayısıyla özellikle İsviçre Hukuku ve cezaî şarta ilişkin tartışmalara bakış açısı sağlaması amacıyla Alman Hukuku, öncelikle dipnotlarda, bununla beraber önem arz eden benzerlik veya farklılıkların vurgulanması düşüncesiyle, gerektiğinde metin kısmında yer verilmiştir.

Çalışmamız, soyut kalmasının önlenmesi ve uygulama ile bağlantı kurulabilmesi amacıyla, inceleme konumuz bakımından önemli görülen Yargıtay kararları ile desteklenmeye gayret edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZAÎ ŞARTA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I.CEZAÎ ŞART KAVRAMI VE TANIMI

A. Cezaî Şart Kavramı

Ekonomik değeri yüksek edimler içeren sözleşmelerin çoğunda, cezaî şart kavramına yer verildiği görülmektedir¹. Yine ekonomik değeri yüksek edim içermese de tarafları arasında ekonomik dengenin bulunmadığı sözleşmeler de vardır. Bu türde sözleşmeler içinde yer alan iş sözleşmesi ile iş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olan rekabet yasağı sözleşmesinde de uygulamada sıklıkla cezaî şart ile karşılaşılmaktadır. Fakat bu kadar yaygın kullanıma sahip olan cezaî şart bakımından, hukukumuzda halen kavram birliği sağlanmış değildir.

Türk Hukuku'nda cezaî şart kavramı, farklı terimlerle ifade edilmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu²'nin (BK) 158 ila 161'nci maddelerinde “*cezaî şart*” terimi tercih edilmiştir. Bununla birlikte terimlerin arılaştırılması çabası sonucu, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu³'nin (TBK) 179 ila 182'nci maddelerinde söz konusu kavram “*ceza koşulu*” olarak adlandırmıştır. Uygulamada ve doktrinde, uzun yıllardır sıklıkla kullanılan “*cezaî şart*”⁴ terimi dışında, “*sözleşme*

¹ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, C.2, 14. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.534. Ekonomik değeri yüksek edimler içeren sözleşmelere, inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesi, kredi sözleşmesi gibi sözleşmeler örnek verilebilir.

² RG.T. 08.05.1926, RG.S.366.

³ RG.T.04.02.2011, RG.S.27836.

⁴ Cezaî şart terimini kullanan yazarlar için bkz. Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, Baha Matbaası, 1963, s.3 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.341 vd.; Mustafa Reşit Karahasan, “Para Borçlarında Cezai Şart”, **İBD**, C. L, S.10, Ekim 1966, Medeni Kanunun 40. Yıldönümü Özel Sayısı, s.469 vd.; Necip Bilge, “**Cezai Şart**”, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1958, s.39 vd.; Cevdet İlhan Günay, **Cezai Şart** (BK m.158-161), Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s.4 vd.; Ayça Akkayan Yıldırım, “Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **İÜHFM**, C.61, S.1-2, 2003, s.357 vd.; Hakan Keser, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şartlara İlişkin Bir Değerlendirme”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.35, Haziran 2016, s.18 vd.. Türk Hukuku'nda cezaî şart terimini kullanan, fakat aynı zamanda eleştiren Tunçomağ, aslında burada “ceza” kelimesinin sakınca doğurduğuna dikkat çekmektedir. Zira yazar, 818 sayılı Borçlar Kanunu bakımından cezaî şartın, götürü tazminattan başka bir şey olmadığını belirtmektedir. Bununla beraber aynı yazar, kullanılan diğer

*cezası*⁵”, “*akdi ceza*⁶”, “*ceza şartı*⁷”, “*ceza koşulu*⁸” gibi terimler de tercih edilmektedir⁹. Buna karşılık “*cezaî şart*” terimi, halen Yargıtay kararlarında yer alan ve 818 sayılı Kanun’dan beri yerleşmiş şekilde kullanılan bir terim olduğu için, çalışmamız boyunca “*cezaî şart*” terimini kullanmayı tercih edeceğiz.

Cezaî şart, Almanca yayımlanan eserlerde de farklı terimlerle anılmaktadır. Özellikle İsviçre’de, “*Konventionalstrafe*” ve “*Vertragsstrafe*” şeklinde iki farklı terim kullanılmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu¹⁰’nda (ZGB) cezaî şarta “*Vertragsstrafe*” olarak yer verilirken, İsviçre Borçlar Kanunu¹¹’nda (OR) ise “*Konventionalstrafe*” terimi tercih edilmiştir¹². Anlaşıldığı üzere, İsviçre’de kanunlar arasında dahi cezaî şart bakımından terim birliği mevcut değildir. Buna karşılık kavramı ifade etmek için farklı terimler tercih edilse de her iki terim de cezaî şart anlamında kullanılmaktadır¹³.

terimlerin de olumlu ve olumsuz yanları olmakla birlikte; hiçbirinin kavramı gerektiği şekilde ifade etmediği kanaatindeyim. Bu nedenle alışılmış terim olan “*cezaî şart*” teriminin kullanımına devam edilmesini savunmaktadır. Yazarın, Türk Hukuku’nda kullanılan farklı terimlere yönelik eleştirilerine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.4-5. Ayrıca bkz. Bilge, s.43. Götürü tazminat hakkında bkz. 1. Bölüm, IV, A.

⁵Sözleşme cezası terimini kullanan yazarlar için bkz. Oğuzman, Öz, s.534; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti.,1975, s.233; Halûk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., İstanbul, Beta, 2018, Rn.235.1.

⁶ Akdi ceza terimini kullanan yazar için bkz. Andreas Von Tuhr, **Borçlar Hukuku, (Çev. Cevat Edege)**, C.1-2, 2. bs., Ankara, Olgac Matbaası, 1983, s.763 vd.

⁷ Ceza şartı terimini kullanan yazar için bkz. Halil Arslanlı, **Ticari Bey**, 3. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1952, s.500 vd..

⁸ Ceza koşulu terimini kullanan yazar için bkz. Köksal Kocağa, **Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.28. Ceza koşulu terimini cezaî şart anlaşması anlamında kullanan yazar için bkz. Oğuzman, Öz, s.534 vd. Ceza koşulu terimini eleştirmesine rağmen, kanunda yer aldığından tercih eden yazar için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 21. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s.970.

⁹ Görüldüğü üzere farklı terimlerin çoğu, sadece dili arılaştırmak adına eş anlamlı sözcükler seçilmesinin sonucudur. Bununla birlikte her bir kavram, aslında aynı hukuki terimi ifade etmek için kullanılmaktadır.

¹⁰ Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 10.12.1907, AS 24 233.

¹¹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), 30.03.1911, AS 27 317.

¹² Bu konuda bkz. Gauch, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid, Heinz Rey, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Band II, 7.Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998, Rn.3914; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, s.521; Andreas Von Tuhr, Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, 2.Band, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1974, s.277.

¹³ İsviçre’de bir grup yazar ise genellikle “*cezaî şart*” ile “*cezaî şart anlaşmasının*” (*Strafabrede*) iki farklı kavram olduğuna dikkat çekmekte ve iki kavramı ayrı ayrı tanımlamaktadır. Bu doğrultuda bkz. Marcel Petitjean, **Die Herabsetzung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht**, Diss. Basel, 1937, s.4; Roland Bentele, **Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR**, Freiburg-Schweiz,

İsviçre’de doktrinde, cezaî şart teriminin “ceza” ifadesini taşıması tartışılmıştır. Zira burada cezanın, kamu hukuku anlamında bir ceza olmadığına, medeni ceza işlevi taşıdığına dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla cezaî şart kararlaştırılmasında, tarafların cezalandırma amacı olmayabileceği veya birinci sırada böyle bir amaç izlemeyebilecekleri savunulmaktadır. Fakat cezaî şartın muaccel olması için zarar şartı aranmaması, ceza karakterinin mutlak olarak yadsınamayacağına işaret etmektedir¹⁴.

Alman Hukuku’nda ise Alman Medeni Kanunu¹⁵’nda (BGB) “Vertragsstrafe” terimi kullanıldığından, doktrin ve yargı kararlarında terim birliği vardır¹⁶.

Paulusdruckerei, 1994, s.3. Bu tanımlar için bkz. 1.Bölüm, I. B. Yazarlar, cezaî şartın kendi başına bir anlaşma olmadığını, aslında taraflar arasında bu konuda yapılan bir anlaşmadan doğan edim olduğunu belirtmektedirler. Bu yazarlar için bkz. Petitjean, s.4; Bentele, s.3. Bu görüşü savunan yazarlar, cezaî şart ile cezaî şart anlaşmasını aynı kavramlar olarak tanımlayan yazarları da eleştirmektedir. Doktrinde cezaî şart ile cezaî şart anlaşmasını aynı kavramlar olarak tanımlayan yazarlar için bkz. Rudolf M. Reck, **Lohnrückbehalt, Kaution und Konventionalstrafe im schweizerischen Arbeitsrecht**, Zürich, ADAG Administration & Druck AG, 1983, s.102; Walter Schoch, **Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht**, Bern, Stämpfli & Cie., 1935, s.13; Von Tuhr, Escher, s.277; Max Keller, Christian Schöbi, **Allgemeine Lehren des Vertragsrechts: Das Schweizerische Schuldrecht**, Band I, 3. Auflage, Basel/Frankfurt, Helbing & Lichtenhahn, 1988, s.109; Theo Guhl, Alfred Koller, Jean Nicolas Druey, **Das Schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 8. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, s.553. Türk Hukuku’nda ise Oğuzman, Öz, “ceza koşulu” kavramını ceza hususundaki anlaşma; “sözleşme cezası” kavramını ise ödenecek ceza anlamında kullanmaktadır. Bkz. Oğuzman, Öz, s.534-535. Benzer bir ayrımı Eren de kabul etmektedir. Bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 23. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.1209-1210. Bilge ise “cezaî şart” terimini taraflar arasındaki anlaşma, “ceza” terimini ise anlaşmanın konusu olan edim anlamında kullanmayı tercih etmektedir. Bkz. Bilge, s.39-40.

¹⁴ Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band V: Erster Halbband, Obligationenrecht, Art 1-183 OR, 2. Auflage, Zürich 1929, Vor. zu Art. 160-163 OR, Rn.2.

¹⁵ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), 02.02.2002, BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738.

¹⁶ Julius Von Staudingers, **Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §328-345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe), §339-345 (bearbeitet von RIEBLE, Volker), Berlin Sellier-de Gruyter, 2015, Vor Art 339, N.1; Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 2: Schuldrecht-Allgemeiner Teil, §328-345, 7.Auflage, München, C.H. Beck, 2016 Art 339, Rn.1; Otto Palandt, **Bürgerliches Gesetzbuch: mit Nebengesetzen**, Beck’sche Kurz-Kommentare, Band 7, 76. Auflage, München, C.H. Beck, 2017, s.570; Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich, **Bürgerliches Gesetzbuch**, Kommentar, 11. Auflage, Köln, Luchterhand Verlag, 2016, Art 339, N.1; Rolf Stürner, **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: mit Rom I, Rom II, Rom III-VO, EG-UntVO/HUntProt und EuErbVO**, Kommentar, 16. Auflage, München, C.H.Beck, 2015, Art 339, N.1; Kurt Schellhammer, **Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen: samt BGB Allgemeiner Teil**, 9. Auflage, Heidelberg, C.F.Müller, 2014, Rn.1481.

B. Cezaî Şart Tanımı

Cezaî şart, TBK m.179'a göre *“bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için...”* veya *“borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için...”* kararlaştırılabilmektedir. Buna karşılık Aile Hukuku'nda, ileride evlenme gerçekleşmemesi haline yönelik olarak cezaî şart kararlaştırılması, hatta kararlaştırılan cezanın talep ve dava edilmesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹⁷ (TMK) m.119/2 hükmü uyarınca yasaklanmıştır¹⁸. Yine TBK m.346 uyarınca, konut ve çatılı işyeri kiralarda kira bedelinin zamanında ödenmemesi hali için cezaî şart kararlaştırılması yasaktır. Bunlar dışında Türk Hukuku'nda çeşitli kanunlarda, cezaî şart kararlaştırılmasını yasaklayan veya sınırlandıran düzenlemeler mevcuttur¹⁹.

İsviçre Borçlar Hukuku'nda cezaî şart, kanunun 160 ila 163'üncü maddeleri arasında yer almaktadır. Bununla birlikte İsviçre Medeni Kanunu'nun 90.maddesinde, nişanın bozulması hali için kararlaştırılan cezaî şart yasaklanmıştır²⁰.

Alman Hukuku'nda ise cezaî şart, BGB'nin 339 ila 345'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra BGB'nin 555.maddesinde ise bir yasak hali belirlenmiştir. Buna göre ev kirası sözleşmelerinde, kiracının kiralayana karşı vaat ettiği cezaî şartın geçerli olmadığına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir²¹. Ayrıca BGB

¹⁷ RG.T.08.12.2001, RG.S. 24607.

¹⁸ Buna göre nişanlanma sırasında kararlaştırılan cezaî şart, talep ve dava edilemeyecektir; fakat yapılan ödemeler de geri istenemeyecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, s.538. Mülga Kanun dönemi için bkz. Ferit Hakkı Saymen, Halid Kemal Elbir, **Borçlar Hukuku Dersleri: Umumi Hükümler**, C.1, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1958, s.553.

¹⁹ Cezaî şarta ilişkin öngörülen kanuni yasaklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Saymen, Elbir, s.554; Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s.55; Tekinay vd., s.346-347; Oğuzman, Öz, s.539; Nomer, Rn.235.5, 238.5; Kılıçoğlu, s.971-972. Türk Hukuku'nda cezaî şart kararlaştırılmasına yönelik bir başka kanuni yasak hükmü ise 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5.maddesinde, tüketici aleyhine kararlaştırılan sözleşme şartının, haksız şart olarak kabul edilmesi dolayısıyla geçersiz sayılacağı şeklinde yer almaktadır. TBK m.589/4'de ise kefalet sözleşmesine dair bir yasak hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, asıl borca kefil olanın, cezaî şarttan da sorumlu olacağına dair anlaşmalar hükümsüz kabul edilmiştir. Ayrıca kanunen cezaî şart kararlaştırılmasını yasaklamamakla beraber sınırlandıran bir hüküm ise TBK m.260/2'de, taksitli satışlarda alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi halinde, kararlaştırılan cezaî şartın, peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamayacağı düzenlemesi ile vücut bulmuştur.

²⁰ Bu konuda bkz. Oser, Schönenberger, Art. 163 OR, Rn.6.

²¹ Söz konusu yasak hükmü 1964'den beri Almanya'da uygulanmaktadır. Yasak hüküm, evin kiracısının, kiralayana karşı sosyal bakımdan korunması amacıyla getirilmiştir. Sosyal koruma amacı dolayısıyla emredici nitelikte bir hükümdür. BGB m.555 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Palandt,

m.1297/2’de de nişanlanan çiftlerin evlenmesini güvence altına almak amacıyla cezaî şart kararlaştırılması yasaklanmıştır²².

Cezaî şartın tanımına ne yürürlükten kalkan kanunlarda ne de yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilmiştir. Doktrinde aralarında esasında büyük farklılık olmayan çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp “*Borçlunun, asıl borcunu ileride, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği edime cezaî şart diyoruz.*” şeklinde bir tanım yaparken²³; Tunçomağ ise “*Cezaî şart, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edimdir*” şeklinde bir tanımın, cezaî şartın tüm unsurlarını açıkça ifade ettiğini savunmaktadır²⁴.

Esasen İsviçre Borçlar Kanunu’nda da cezaî şart tanımlanmamıştır. 1905 tarihli Tasarı’da bir tanım getirilmiştir. Fakat bu tanım, kanunda tanım hükümlerine yer vermenin tehlikeli olabileceği gerekçesiyle ve tanımda cezaî şartın, ceza veya tazminat olarak nitelendirilmesinin isabetli görülmemesi sonucu kanunlaşmamıştır²⁵. Ancak doktrinde kanun koyucunun cezaî şart ile kast ettiğinin kanundaki ifadeden yola çıkılarak, “*tafaflardan birinin, diğetine sözleşmeyi ihlal etmesi hali için vaat ettiği edim*” veya “*tafaflardan birinin, diğetine sözleşmeyi ihlal etmesi hali için edimde bulunmayı taahhütte bulunduğu hukuki işlem*” olduğu kabul edilmektedir (OR m.160)²⁶.

Kommentar, s.842; Prütting, Wegen, Weinreich, Vor Art 555, N.1-7; Jauernig, Art 555, N.1; Alfred Söllner, “Vertragsstrafen im Arbeitsrecht”, **AuR**, 1981, s.99.

²² Bu konuda bkz. Söllner, s.99.

²³ Tekinay vd., s.341. Bu tanıma “yaşayanlar arasında” ifadesini ekleyerek, cezaî şartın ölüme bağlı tasarruflarda mümkün olmadığına dikkat çeken bir tanım için bkz. Bilge, s.39.

²⁴ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.6. Eren, bu tanıma benzer şekilde cezaî şartı, “*borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaat ettiği, ekonomik değeri haiz ayrı bir edim*” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Eren, s.1209. Oğuzman, Öz ise cezaî şart unsurlarına yer vermeden, daha genel bir tanım tercih etmektedir. Buna göre cezaî şart, borçlunun borcunu ihlal etmesi durumunda alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşmadır. Bkz. Oğuzman, Öz, s.534. Nomer ise borçlunun, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, alacaklıya karşı bir edimi yerine getireceği taahhüde bulunmasını cezaî şart olarak olarak tanımlamaktadır. Bkz. Nomer, Rn.235.1. Ayrıca bkz. Saymen, Elbir, s.553.

²⁵ 1905 Tasarısı’na göre cezaî şart şu şekilde tanımlanmıştır: “*borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ceza veya tazminat olmak üzere borçlu tarafından, alacaklıya belirli bir edada bulunulmasına ilişkin bir sözleşmedir*”. Bkz. Oser, Schönenberger, Vor. zu Art. 160-163 OR, Rn.1.

²⁶ Schoch, s.12; Bucher, s.521; Bentele, s.4; Dimitri Santoro, **Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2001, s.3; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3909; Alfred Koller,

her bir amacın önem kazandığı görülmektedir³⁰. Cezaî şartın hangi amacının ağırlıklı olarak dikkate alındığı, sözleşmede yer alan cezaî şartın miktarı ile türüne göre tespit edilebilecektir³¹.

Alman Hukuku'nda ise kanuni düzenlemelerin madde gerekçelerinden ve halen süregelen yargı içtihadından anlaşıldığı üzere, cezaî şartın ağırlıklı olarak iki amacı olduğu kabul edilmektedir. Buna göre birincisi, borçlunun üzerinde borcun yerine getirilmesi için baskı kurmak (*baskı amacı*); ikincisi ise alacaklıya zararın ve miktarının ispatında kolaylık sağlamak (*ispat kolaylığı amacı*) olarak ifade edilmektedir³². Alman Hukuku'nda bu iki amacın bir arada bulunması yoluyla, cezaî şartın benzer kavramlardan ayırt edilebildiği vurgulanmaktadır³³.

Cezaî şart bakımından bu amaçlardan hangisinin üstün tutulması gerektiği konusunda uzun yıllardır doktrinde³⁴ tartışma olsa da kanaatimizce hangi amacın üstün olduğu veya birden çok amacın bir arada bulunup bulunmadığı konusunda, somut olaya ve tarafların arasındaki anlaşmaya göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Nitekim

³⁰ Schoch, s.30-31. Aynı yazar, cezaî şartın iki işlevinden, yani ceza işlevi ve zararın tazmini (*telaî*) işlevi olduğundan söz etmektedir. Borçlu ve alacaklı arasındaki ilişkiye göre, her iki işlevden biri ağırlıklı olarak öne çıkabilecekken, cezaî şartın sadece ceza veya telaî işlevi olduğu ise savunulamayacaktır. Bkz. Schoch, s.31.

³¹ Schoch, s.34.

³² Staudinger, Rieble, Vor Art 339, N.16; Jauernig, Art 339, N.3; Prütting, Wegen, Weinreich, Vor Art 339, N.1; Walter Erman, **Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar**, 14. Auflage, § 339-345, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014, Vor Art 339-345, Rn.1; Reinhard Richardi, Otfried Wlotzke, Hellmut Wissmann, Hartmut Oetker, **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht**, Band 1, 3. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2009, §39, Rn.48; Söllner, s.98; Jan-Malte Niemann, "Vertragsbruch: Strafabreden in Formularbeitsverträgen", **RdA**, 2013, Heft 2, s.93; Hermann H. Haas, Michael Fuhlrott, "Ein Plädoyer für mehr Flexibilität bei Vertragsstrafen", **NZA-RR**, 2010/1, s.1. Örnek bir mahkeme kararı için bkz. BGH, T.20.01.2000, VII Zr 46/98, NJW 2000, 2106. Türk Hukuku'nda bu yönde bkz. Tekinay vd., s.342; Keser, s.24.

³³ Bu hususta, baskı amacının olmaması ve sadece ispat kolaylığının amaçlanması cezaî şart olarak kabul edilemeyeceği; fakat böyle bir kararlaştırmanın götürü tazminat oluşturacağı örnek olarak gösterilmektedir. Bu örnek için bkz. Söllner, s.98; Niemann, s.93.

³⁴ Cezaî şartın temel amacının, borçlunun ifaya zorlanması suretiyle borcun güvence altına alınması olduğu yönündeki görüş için bkz. Oser, Schönenberger, Vor. zu Art. 160-163 OR, Rn.2; Max Gmür, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht Art 68-183**, Band VI, Bern, Verlag von Stämpfli Cie., 1917, Art 160, N.4; Eren, s.1209. Diğer görüşe göre cezaî şartın temel amacı, borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi gereken tazminatın önceden ve götürü olarak belirlenmesidir. Bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Rafet Özdemir, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1987, s.334. Başka bir görüşe göre ise cezaî şartın aynı anda birden çok amacı olabilecektir. Bkz. Koller, § 81, Nr.23; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.48-50; Bilge, s.83;

somut olayın özelliklerine veya karşılaştırılan cezaî şartın türüne bağlı olarak, diğerine nazaran üstün olan amaç belirlenebilecektir³⁵.

A. Güvence Amacı

Cezaî şartın temel amaçlarından biri olarak sayılan güvence amacı ile alacaklı tarafın pozisyonunun güçlendirilmesi kast edilmektedir. Böylelikle alacağın, sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edilmesi güvence altına alınacaktır³⁶. Aslında bu amaca, cezaî şart anlaşmasının yapılması anında ulaşıldığı ifade edilmektedir. Nitekim İsviçre doktrinde bir grup yazar tarafından, cezaî şart-cezaî şart anlaşması kavramlarında olduğu gibi, cezaî şartın amaçları belirtilirken de bir ayrıma gidilmektedir. Bu görüşe göre cezaî şart anlaşması ile cezaî şartın amaçları ayrı ayrı ele alınmalıdır. Dolayısıyla cezaî şart anlaşmasının amacı ağırlıklı olarak güvence sağlamakken; cezaî şartın, ceza ve telafi amaçları olduğu ifade edilmektedir³⁷. Buna karşılık İsviçre ve Alman doktrinde çoğunluk tarafından bu ayrım yapılmaksızın, “cezaî şartın amacı” başlığı altında değerlendirme yapılmaktadır³⁸.

³⁵ Aynı doğrultuda bkz. Bilge, s.83; Akkayan Yıldırım, s.386-387. Bu görüşü ileri süren Bilge’ye göre, mutlaka bir amacın üstün tutulması gerekecekse, zarar olmadan cezaî şart talep edilebileceğinden, ceza amacının ağır basacağı söylenebilecektir. Bkz. Bilge, s.83. Yargıtay, cezaî şartın iki temel amacının bulunduğu, ifayı engelleyen cezaî şart bakımından ise sözleşmeden kolayca dönülmesi amacından söz edilebileceği yönünde karar vermektedir: “...Ayrıca cezaî şartın esas itibariyle iki temel amacı bulunmaktadır. Bunlardan biri, borçluyu ifaya zorlamak ve böylece asıl borcun ifasını teminat altına almak; diğeri de, borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü şekilde tespit etmektir. Bu iki temel amacı dışında, cezaî şartın diğer bir amacı da, ifayı engelleyen cezaî şartta (dönme cezasında) borçlunun cezaî şartı ödemek suretiyle sözleşmeden kolayca dönmesini sağlamaktır...”. Bu karar için bkz. Y.3.HD., T. 19.12.2017, E. 2017/9691, K. 2017/17807, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018.

³⁶ Schoch, s.31; Ulrich Fischer, “Wettbewerbstätigkeit des gekündigten Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzprozesses”, NJW, 2009, Heft 6, s.153; Petitjean, s.5; Reck, s.92; Bentele, s.12; Bucher, s.522; Santoro, s.23-24; Eren, s.1209. Rieble tarafından, cezaî şartın güvence amacına, cezaî şart ile güvence altına alınabilecek borçlara da yer verilerek şu cümlelerle dikkat çekilmektedir: “...Cezai şart ile illa sözleşmeden doğan bir borcun güvence altına alınması gerekmemektedir, kanuni bir borç olması da yeterlidir. Cezai şart, tüm borçlar için kabul edilebileceğinden, cezaî şart ile sözleşmeden doğan borcun güvence altına alınması değil, borçların sözleşmesel olarak güvence altına alınması sağlanmaktadır...”. Bkz. Staudinder/Rieble, Vor Art 339, N. 5. Doktrinde bir yazar, cezaî şartın güvence amacından söz edilmesinin isabetli olmayacağını; bunun yerine alacaklının borçluya karşı güçlendirilmesi amacından söz edilmesinin daha doğru bir ifade şekli olacağını savunmaktadır. Bu konuda bkz. Akkayan Yıldırım, s.380.

³⁷ Bu ayrımı yapan yazarlar için bkz. Bentele, s.9; Santoro, s.24.

³⁸ Reck, s.92; Petitjean, s.33; Schoch, s.29; Von Tuhr, Escher, s.277. Alman Hukuku’nda Schellhammer, Rn.1488. Türk Hukuku’nda bkz. Tekinay vd., s.342.

Cezaî şart anlaşması yapılması ile birlikte borçlu, borcunu gereği gibi yerine getirmek için baskı altına girmektedir. Dolayısıyla cezaî şart, alacaklının alacağını elde edebilmek için borçluya karşı kullandığı bir baskı aracı (*Druckmittel*) işlevi görmektedir³⁹. Böylelikle cezaî şart kararlaştırılarak, gelecekte meydana gelebilecek borca aykırılığın sonuçları, TBK m.112’de yer aldığı üzere zararın ispatı ve miktarı ile bağlı olmaksızın borçlunun gözleri önüne serilmektedir⁴⁰. Özellikle kanuni tazminatlardan daha fazla miktarda cezaî şart kararlaştırılması halinde, borçlu için borca aykırı davranmasını önleyici psikolojik bir etki de göstermektedir⁴¹. Nitekim alacaklının uğradığı zarardan bağımsız ve önceden belirli bir ceza kararlaştırılması halinde borçlu, daha dikkatli ve özenli davranarak borcu ihlal etmekten kaçınabilecektir⁴².

B. Ceza Amacı

Cezaî şart yoluyla, borçlunun borca aykırı davranması halinde yerine getirmesi beklenen bir edim kararlaştırılmaktadır. İsviçre doktrininde cezaî şart, alacaklının borçlu tarafından uğradığı adaletsizliğin manevi olarak tazminini amaçlayan özel bir ceza olarak da görülmektedir⁴³. Fakat burada, kuşkusuz kamu hukuku anlamındaki ceza kavramından söz edilmemektedir. Zira ortada kanunla düzenlenmiş bir ceza olmayıp, hukuken eşit durumda bulunan iki tarafın anlaşmasına bağlanmış bir yaptırım

³⁹ Oser, Schöenberger, Vor. zu Art. 160-163 OR, Rn.12; Von Tuhr, Escher, s.277; Palandt, **Kommentar**, s.570; Erman/Schaub, Vor Art 339-345, Rn.1; Bentele, s.12; Jauernig, Art 339, N.3; Schellhammer, Rn.1488; Bilge, s.83; Oğuzman, Öz, s.535; Tekinay vd., s.342; Eren, s.1209; Gaye Baycık, “**İş Hukukunda Cezai Şart**”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No:7 İş Hukuku, İstanbul, On İki Levha, 2018, s.2. Ayrıca bkz. Guhl, Merz, Druey, s.553; Koller, § 81, Rn.15.

⁴⁰ Palandt, **Kommentar**, s.570; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.48; Tekinay vd., s.342; Oğuzman, Öz, s.535; Eren, s.1209. Tunçomağ, bu amacı “*tazminat miktarı üzerindeki anlaşmazlıkları giderme gayesi*” başlığı altında ele almaktadır. Cezaî şartın asıl amacının, alacaklıyı zarar ve miktarın ispatı gibi güç ve üzücü bir durumdan kurtarmak olduğunu belirten yazar, bu amacın tamamen yerine getirilemediğini ileri sürmektedir. Zira aşkın zarar talebi için alacaklıya yüklenen ispat yüküne dair BK m.159/2 (*TBK m.180/2*) ile aşırı miktardaki cezaî şartın indirilmesine dair BK m.161 (*TBK m.182/3*) dolayısıyla yine zarar ve tazminat konularının çekişme konusu yapıldığını ve bu amacın gerçekleşmesinin kısmen de olsa engellendiğini savunmaktadır. Bu görüş için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.49.

⁴¹ Schoch, s.31; Von Tuhr, Escher, s.277; Bentele, s.12; Santoro, s.24; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.49.

⁴² Oğuzman, Öz, s.535; Kocaağa, s.35.

⁴³Walter F. Lindacher, **Phänomenologie der Vertragsstrafe: Vertragsstrafe, Schadensersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag**, Frankfurt/ Main, Athenäum Verlag, 1972, s.63; Santoro, s.25.

mevcuttur. İki kurum arasındaki benzerlik, ceza ödemekle yükümlü olan tarafın üzerinde, borca aykırı davranmasını önlemek amacıyla psikolojik baskı kurulması şeklinde ortaya çıkmaktadır⁴⁴.

Cezaî şart kararlaştırılarak, borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde, sözleşmeye uygun şekilde ifa etmesi ihtimaline nazaran durumu ağırlaştırılmaktadır. Başka bir deyişle borçlu üzerinde, borcunu ifa etmesi yönünde baskı kurulmaktadır. Özellikle cezaî şartın miktar olarak yüksek tutulduğu hallerde bu amaç daha açık şekilde görülmektedir. Bunun yanı sıra alacaklının hiçbir zarara uğramamış olması halinde dahi cezaî şartı talep edebilmesini öngören TBK m.180/1, ceza amacını desteklemektedir⁴⁵.

Cezaî şart ödenmesini gerektiren olay ortaya çıktığı anda, artık cezaî şart anlaşmasının güvence amacı sona ermekte ve ceza amacı ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla cezaî şart, borca aykırılığın bir yaptırımı olduğundan, borçlunun bu davranışının cezalandırılması, cezaî şart anlaşmasının güvence amacına sahip olmasının bir sonucu olarak görülmektedir⁴⁶.

İsviçre Hukuku'nda cezaî şartın, bir anlamda alacaklının sebepsiz zenginleşmesi anlamına geldiği de ileri sürülmektedir⁴⁷. Cezaî şartın ceza amacından, özellikle zararın tazmini yanında cezaî şart kararlaştırılması ya da miktarının zararı aşan oranda belirlenmesi halinde bahsedilebileceği kabul edilmektedir⁴⁸. Bu amaç, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesine rağmen alacaklının zarara uğramadığı veya az miktarda zarara uğradığı ihtimalinde belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim

⁴⁴ Schoch, s.31-32; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.49. Tunçomağ, “ceza işlevini”, “borçluyu ifaya zorlama gayesi” başlığı altında ele almaktadır. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.49.

⁴⁵ TBK m.182/3’de yer alan cezaî şartı indirme yetkisinin sadece bir ihtimal olması dolayısıyla ceza amacını olumsuz etkilemediği ifade edilmektedir. Zira borcun ifa edilmemesi halinde cezaî şart ödenecek olmasının kesinliği, borçluda daha fazla etki yaratacaktır. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.50. Cezaî şartın, ceza amacını tamamen reddetmemekle birlikte; bu amacın her durumda ortaya çıkmayacağını ve burada ceza yerine, “borçluyu ifaya zorlama” amacından söz etmenin daha isabetli olacağını ileri süren bir görüş için bkz. Akkayan Yıldırım, s.381.

⁴⁶ Santoro, s.25.

⁴⁷ Santoro, s.25. Benzer yönde bkz. Bucher, s.527.

⁴⁸ Von Tuhr, Escher, s.277; Reck, s.92; Bentele, s.11; Santoro, s.25. Schoch ise ifaya eklenen cezaî şartın kanunda yer alan haller dışında kararlaştırılması durumunda, bu amacın ön plana çıkabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Schoch, s.32.

alacaklı zarara uğramasa bile borçlu, borca aykırı davranışı dolayısıyla cezaî şart ödemek zorunda kalmaktadır⁴⁹.

C. Telafi Amacı

Cezaî şart kararlaştırılması yoluyla, borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi ihtimali dikkate alınarak, alacaklının ekonomik anlamda telafi imkânına sahip olması amaçlanmaktadır⁵⁰. Nitekim cezaî şart, uğranılan zarardan bağımsız bir kurumdur. Bu nedenle de alacaklı, ileride uğrayacağı zararı ve miktarını ispatlamak zorunda kalmaksızın, hatta bir zarar ortaya çıkmasa bile borca aykırılığı telafi etme imkânına sahip olmaktadır. Hâlbuki tazminat hukukunun genel ilkeleri gözetildiğinde, borcun ifa edilmemesi halinde, zararın tazmini yoluna gidilecek ve bunun talep edilebilmesi için alacaklının zararı ispat etmesi beklenecektir (*TBK m.112; OR m.97*). Cezaî şartın kabulü, tazminat hukukunun genel ilkelerine istisna teşkil etmektedir⁵¹. Zararın tazmini yoluna başvurmak ise özellikle zamanın ve paranın önem kazandığı ticaret ve iş ilişkisi alanlarında pratik bulunmadığından, zarara ve zararın ispatına gerek olmayan cezaî şart kavramına sözleşmelerde yer verilmektedir⁵². Böylelikle alacaklı kendisini daha güvende hissedebilecektir⁵³.

Borçlu, alacaklının zarara uğramadığını ispat etse dahi cezaî şart ödemek zorunda kalacaktır⁵⁴. Sonuç olarak borçlu, kendi iradesi ile kanuni sorumluluğu aşan bir yükümlülük altına girmektedir. Cezaî şartın telafi amacı, özellikle alacaklının hakkını elde etmesinin güç olduğu ve zararın ispatı bakımından zorluklar içeren istisna sözleşmesi, iş sözleşmesi ve sır saklama yükümlülüğü ile rekabet yasağı sözleşmesinde açıkça görülebilmektedir⁵⁵.

⁴⁹ Bentele, s.11; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.49.

⁵⁰ Oser, Schöenberger, Vor. zu Art. 160-163 OR, Rn.12; Petitjean, s.38; Erman/Schaub, Vor Art 339-345, Rn.1; Von Tuhr, Escher, s.277; Bentele, s.10; Reck, s.92; Schoch, s.33; Bilge, s.84.

⁵¹ Bilge, s.84; Tekinay vd., s.358.

⁵² Schoch, s.33; Koller, § 81, Rn.16.

⁵³ Oser, Schöenberger, Vor. zu Art. 160-163 OR, Rn.12; Schoch, s.33; Koller, § 81, Rn.16; Oğuzman, Öz, s.534; Akkayan Yıldırım, s.359-360.

⁵⁴ Bentele, s.10; Schoch, s.33; Von Tuhr, Escher, s.277; Petitjean, s.39; Reck, s.92; Palandt, **Kommentar**, s.570; Jauernig, Art 339, Erman/Schaub, Vor Art 339-345, Rn.1; N.3; Guhl, Merz, Druey, s.553; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.48; Oğuzman, Öz, s.534; Tekinay vd., s.358; Bilge, s.84-85.

⁵⁵ Staudinger, Rieble, Vor Art 339, N.18.

III. CEZAÎ ŞARTIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir kavramın hukuki niteliğinin tespiti, doktrindeki tartışmaları ve yargı kararlarında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözümlemeye yadsınamayacak kadar büyük öneme sahiptir. Buna rağmen hukuki kavramların hukuki niteliğinin ve sınırlarının, kanuni düzenlemelerden tespit edilmesi çoğunlukla mümkün olmamaktadır. İşte bahsi geçen bu durum cezaî şart kavramı için de geçerlidir⁵⁶.

Cezaî şartın hukuki niteliğine ilişkin doktrinde birçok görüş ortaya atılmıştır. Bu konuda farklı görüşlerin yanı sıra, cezaî şartın kendine özgü bir kurum olduğu, dolayısıyla diğer hukuki kavramlar altında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı da savunulmaktadır⁵⁷. Bu başlık altında her bir görüş, ayrı ayrı inceleme konusu yapılacaktır⁵⁸.

Bu noktada kanaatimizi kısaca belirtmek gerekirse, somut olayın özelliklerine göre cezaî şartın hukuki niteliği, kimi zaman ceza, kimi zaman ise tazminat niteliğinin ağırlıklı olması şeklinde ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle cezaî şartın hukuki niteliğini, sadece bir kalıba sokmaya çalışmak isabetli olmayacaktır.

A. Ceza Niteliğinde Olduğu Görüşü

Borçlu, borcunu ifa etmemesi veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, daha önce kararlaştırılan cezayı ödemekle yükümlü tutulmaktadır. Bu noktada cezaî şartın, borca aykırılığı önleyici etkisinin ortaya çıktığı savunulmaktadır. Nitekim borca aykırı davranması halinde ceza ile karşılaşacağını bilen borçlunun, borca aykırı davranmamak için çaba göstereceği kabul edilmektedir⁵⁹.

⁵⁶ Hatta bu duruma yönelik olarak İsviçre Hukuku'nda bir yazar, kanun koyucunun genellikle sınıflandıramadığı hukuki kurumları “*özel ilişkiler*” başlığı altında toplamayı adet edindiği şeklinde eleştiri dahi getirmektedir. Bu eleştiri için bkz Schoch, s.1-2.

⁵⁷ Veli Karagöz, *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.36-37.

⁵⁸ Bu noktada belirtilmelidir ki cezaî şartın ele alındığı birçok eserde, hukuki nitelik başlığı altında esasen cezaî şartın özelliği olarak görülebilecek olan asıl borç ile ilişkisi, yani fer'iliği konusu incelenmektedir. Fakat çalışmamızda, cezaî şartın fer'iliği konusunun hukuki nitelik başlığı altında ele alınmasının isabetli olmayacağı düşünülerek, farklı bir başlık altında ele alınması uygun görülmüştür. Bkz. 1.Bölüm, VI, B.

⁵⁹ Becker, Art 161 OR, N.1; Santoro, s.24; Oser, Schönenberger, Art 161-163, Rn.2.

Cezaî şartın hukuki niteliğinin bir tür ceza olduğunu savunanların kanuni dayanağı, TBK m.180/1'dir (*BK m.159/1*). Bu görüşe göre, alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, borçlunun hukuka aykırı davranışı nedeniyle kararlaştırılan cezayı ödemek zorunda tutulması ceza niteliğini güçlendirmektedir⁶⁰.

Cezaî şartın ceza niteliğinde olduğunu savunan görüşün aksine, bu görüşün ortaya atılmasına salt cezaî şart kavramının “ceza” kelimesini içermesinin neden olduğu da belirtilmektedir. Oysa ki aksi görüşe göre, TBK m.180/1'in cezaî şartın bir ceza olduğunu değil, götürü tazminat niteliğinde olduğunu vurguladığı savunulmaktadır. Ceza niteliğini reddeden bir yazar, cezaî şartın bir an için ceza niteliğinde olduğu kabul edilse bile, bunun bir kamu cezası olarak görülemeyeceğini; ancak özel bir ceza türü olabileceğini ifade etmektedir⁶¹.

B. Tazminat Niteliğinde Olduğu Görüşü

Cezaî şartın tazminat niteliğinde olduğu görüşü, kendi içinde ikiye ayrılmaktadır.

Esasen ilk olarak Fransız Hukuku'nda ortaya atılan birinci görüşe göre cezaî şart, zararın önceden tahmini olarak belirlendiği ve daha sonra hâkimin takdirine göre azaltılabildiği bir miktar olarak kabul edilmektedir⁶².

Tazminat görüşünün ikinci görünümü ise cezaî şartın hukuki niteliğinin götürü tazminat olmasıdır⁶³. Bu görüşe göre cezaî şart, borcun ifa edilmemesi haline yönelik olarak taraflarca, zararın önceden götürü olarak kararlaştırılmış halidir. Bu halde cezaî şart götürü şekilde belirlendiğinden, hâkimin cezaî şart miktarı bakımından takdir yetkisinden de kural olarak söz edilmemesi gerekir⁶⁴. Fakat kanunda bu kurala

⁶⁰ Ceza niteliğinin baskın olduğunu savunan yazarlar ve gerekçelerine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Becker, Art 161 OR, N.1; Saymen, Elbir, s.839; Bilge, s.83.

⁶¹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.24-26.

⁶² Francis Mauler, **De la nature de la clause penale (1898)**, These Neuchâtel, Kessinger Publishing, 2010, s.115-116.

⁶³ Götürü tazminat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 1.Bölüm, IV, A.

⁶⁴ Götürü tazminat niteliği görüşünü savunan yazarlar ve gerekçeleri için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.29-30; Erol Cansel, Çağlar Özel, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Özel Sayı, 2013, s.720. Bu konuda ayrıca bkz. Nomer, s.Rn.235.2

uyulmamış olup, hâkime istisnai hallerle sınırlı olmak üzere cezaî şarta müdahale yetkisi tanınmıştır. Müdahale yetkisi sınırlandığından, doktrinde cezaî şartın götürü tazminat niteliğinde olduğu görüşüne olumsuz etkisi olmayacağı ileri sürülmektedir⁶⁵.

C. Sigorta Niteliğinde Olduğu Görüşü

Borçlunun kusuru bulunmaksızın ya da alacaklının, borçlunun kusurunu ispat etmesi beklenmeksizin, borca aykırılık halinde cezaî şart öngörülmesi, bir görüş tarafından sigorta anlaşması olarak değerlendirilmektedir. Nitekim böyle bir anlaşma yapılması sonucunda, borçlunun borcunu yerine getirmek için elinden geleni yapmaması halinde, sorumluluktan kurtulma imkânı olmadığı belirtilmektedir. Dolayısıyla cezaî şart kararlaştırılması halinde borçlunun, sorumluluktan kurtulmak için her türlü çabayı göstereceği varsayılmaktadır⁶⁶.

Cezaî şartın sigorta niteliğinde olduğu görüşüne yönelik getirilen eleştiri, bu görüşün ne kuramsal ne de kanuni dayanağı olduğu noktasında toplanmaktadır⁶⁷. Sigorta niteliğinin kabul edilmesinin, özellikle alacaklının zarara karşı korunması ve kusur bakımından birçok yararı olabilecektir. Buna karşılık borçlunun öngöremeyeceği olaylardan sorumlu tutulmasının, ekonomik bakımdan mahvına neden olacağı göz ardı edilmemelidir. Bunun ötesinde, bu kabulün adalete aykırılık gibi zararları da mevcuttur.

Bu görüşün kanuni açıdan dayanağı da yoktur. Nitekim TBK m.182/2'de (*BK m.161/2*)⁶⁸, borçlu her türlü kusurdan sorumlu tutulmamaktadır. Aksine kanun koyucu, asıl borcun borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmesini, cezaî şartın talep edilemeyeceği hallerden biri olarak saymıştır. Bu madde, sigorta görüşünün kanuni açıdan dayanağı olmadığının en büyük göstergesi olarak görülmektedir⁶⁹.

⁶⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.30.

⁶⁶ Mauler, s.116 vd., Bu görüş bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.22-23.

⁶⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.26.

⁶⁸ Cezaî şartın sigorta niteliğinde olduğu görüşünün eleştirisi için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.26-27.

⁶⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.27.

D. Hem Ceza Hem Tazminat Niteliğinde Olduğu Görüşü

Bir dönem sayıca fazla taraftar toplayan bir görüş olarak, cezaî şartın hem ceza hem tazminat niteliği taşıyabileceği kabul edilmiştir. Bu nedenle tazminat veya ceza niteliğinden sadece birini taşıyabileceğini ileri süren görüşler eksik bulunmuştur. Bununla beraber cezaî şartın aynı anda her iki niteliği bir arada bulundurmasının zorunlu olmadığı; bazen ceza bazen tazminat yönünün ağır basabileceği de vurgulanmaktadır⁷⁰. Bu görüşteki yazarlar, TBK m.180/1’de yer alan “*alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir*” düzenlemesi ile cezaî şartın ceza niteliği bulunduğu dikkat çekmektedirler. Bunun yanı sıra aynı yazarlar, TBK m.180/2’de yer alan aşkın zarar bakımından, zararın ispat edilmesinin şart koşulmasını ise cezaî şartın götürü tazminat niteliğine bir gönderme olarak kabul etmektedirler⁷¹.

Bu görüşü eleştiren yazarlar, tazminat ve cezanın bir arada bulunmasının mümkün olmadığı; hatta varlıklarının, birbirlerini uzaklaştıracaklarını savunmaktadırlar⁷². Zira tazminat için, zarar ile cezaî şart miktarı arasında bir orantı olması gerekirken; ceza bakımından böyle bir orantı bulunması aranmamaktadır. Yüksek miktarda cezaî şart kararlaştırılması halinde dahi, bu miktarın tamamı hem ceza hem tazminat niteliğine sahip olamayacak; olsa olsa zararlar orantılı bölüm tazminat, diğer bölüm ise ceza olarak kabul edilebilecektir⁷³.

IV. CEZAÎ ŞARTIN BENZER HUKUKİ KAVRAMLARDAN AYRILMASI

Türk, İsviçre ve Alman Hukuku’nda, cezaî şart ile aynı veya benzer özellikler gösteren farklı hukuki kavramlar mevcuttur. Cezaî şart ile benzerlikler içeren bu hukuki kavramlar ile cezaî şartın birbirinden ayırt edilebilmesi için, hem cezaî şartın hukuki niteliğinin belirlenmesi hem de cezaî şartı düzenleyen kanun hükmünün

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Schoch, s.30-31; Bilge, s.83; Keser, s.20.

⁷¹ Schoch, s.30; Bilge, s.83; Keser, s.20.

⁷² Facio, s.320-322 (*Tunçomağ, Cezai Şart, s.28’den naklen*). Tunçomağ da bu eleştirilere hak vermektedir. Bkz. Tunçomağ, *Cezai Şart*, s.28.

⁷³ Facio, s.320-322 (*Tunçomağ, Cezai Şart, s.28’den naklen*).

uygulama alanının iyi irdelenmesi gerekmektedir⁷⁴. Kuşkusuz cezaî şart ile benzer kavramların birbirinden ayırt edilmesinde, tarafların gerçek iradelerinin yorumlanması da önemi haizdir⁷⁵.

A. Götürü Tazminat

Cezaî şart ile aralarındaki farkların tespiti zor olduğu ilk kavram götürü tazminattır (*Schadenspauschalierung*). Öncelikle götürü tazminat hakkında bir tanım yapmak gerekirse, taraflar, henüz zarar ortaya çıkmadan önce borca aykırı davranış halinde borçlu tarafından ödenecek tazminata sözleşmede bir üst sınır getirmektedir⁷⁶. Dolayısıyla borçlu, kararlaştırılan miktarın üzerinde bir zarar ortaya çıkması halinde, kural olarak bunu ödemekten kurtulmaktadır. Fakat götürü tazminat olarak belirlenen miktardan daha az zarar meydana gelmişse, borçlu, kayıta belirlenen tüm miktarı ödemek zorunda kalmayacaktır; aksine sadece zarar miktarı ile sorumlu olacaktır⁷⁷.

Hukukumuzda, borca aykırı davranışın sonuçlarının taraflarca önceden kararlaştırılmasına yönelik özel bir yasak yoktur. Bunun temelinde, sözleşme özgürlüğü yer almaktadır. Dolayısıyla borca aykırılığın kanunda öngörülen hukuki sonuçlarına ilişkin olarak, borçlu veya alacaklı lehine farklı düzenlemeler yapılabilecektir. Borçlu lehine yapılan bu tip anlaşmalar “*sorumsuzluk anlaşması*” olarak nitelendirilmektedir⁷⁸. Alacaklı lehine yapılabilecek düzenlemeler ise kanunda öngörülen hakların genişletilmesi veya bu haklardan yararlanmanın kolaylaştırılması olarak ortaya çıkmaktadır. Bu hale en iyi örnek, cezaî şart kurumudur⁷⁹. Bununla

⁷⁴ Santoro, s.34.

⁷⁵ Koller, § 81, Rn.9.

⁷⁶ Gauch, Schlupe, Rey, Rn.4071; Koller, § 81, Rn.8; Lohr, s.430; Bentele, s.19; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.33-34; Günay, s.64; Mehmet Erdem, “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)**, Ankara 2009, s.98; Tuba Birinci Uzun, **Götürü Tazminat**, Ankara 2015, s.68; Kocaağa, s.49; Berk Kapancı, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s.656-657.

⁷⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.34.

⁷⁸ Sorumsuzluk anlaşması için bkz. Sermet Akman, **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti, 1976, s.53 vd.; Tekinay vd., s.878 vd.; Suat Sarı, ““Götürü Tazminat” Kavramı Üzerine”, **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri**, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, On İki Levha, 2011, s.299.

⁷⁹ Sarı, s.300.

birlikte kanunda herhangi bir düzenlemeye konu olmayan⁸⁰, ancak doktrin ve yargı kararlarında⁸¹ ele alınan bir diğer örnek götürü tazminattır. Bu noktada incelenmeye değer konu, cezaî şart ile götürü tazminat kavramlarının birbirinden farkları ya da daha isabetli bir deyişle birbiri ile ilişkisidir.

Cezaî şart ile götürü tazminat kavramının ilişkisine değinmeden önce belirtmeliyiz ki doktrinde bu konu hakkında farklı görüşler ortaya çıkmıştır⁸². Bir görüşe göre cezaî şart ile götürü tazminat birbirinden farklı kavramlar olup, farklı esaslara tâbidir⁸³. Aksi görüşe göre ise esasen götürü tazminat, cezaî şartın özel bir görünüm şeklidir⁸⁴. Bir önceki paragrafta “*fark*” yerine “*ilişki*” kelimesini tercih etmemizin asıl nedeni de aksi görüşe göre, bu iki kavramın arasında herhangi bir farklılık olmadığının kabul edilmesidir.

Doktrinde cezaî şart ile götürü tazminatın farklı kavramlar olduğunu ileri süren görüşe göre götürü tazminat, cezaî şarta benzer bir kavramdır. Her iki kavramın da borcun ihlal edilmesine yönelik yaptırım niteliğine sahip olması ve ekonomik amaç bakımından birbiri ile örtüşmesinden dolayı, somut olayda ayırt edilmeleri zorluk yaratabilmektedir⁸⁵. Götürü tazminat, tıpkı cezaî şart anlaşmasında olduğu gibi borçlunun üzerinde baskı işlevi görmektedir. Diğer yandan ise ekonomik olarak sorumluluğun sınırını önceden çizerek, borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde ödemekle yükümlü olduğu miktarı öngörebilmesini sağlamaktadır⁸⁶. Bunun yanı sıra hem zararın ispatı bakımından kolaylık öngörüldüğünden alacaklı menfaatine hem de

⁸⁰ Sadece Türk Hukuku’nda değil, mehz İsviçre Borçlar Kanunu ile Alman Medeni Kanunu’nda da götürü tazminata ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Sayılan hukuk sistemlerinde de sözleşme özgürlüğü ilkesinden yola çıkılarak götürü tazminat geçerli kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Gauch, Schlupe, Rey, Rn.4071; Bötticher, s.3-4.

⁸¹ Y.13.HD., T.22.12.1997, E.1992/10061, K.1997/10663, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 21.10.2018.

⁸² Geçmiş dönemde götürü tazminatın, cezaî şart niteliğinde kabul edildiği yönündeki görüş için bkz. Rolf Belke, “Die Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, **Der Betrieb**, 1969, s.559. Başka bir görüş ise bu kurumu, şartları ve miktarı geçerli bir sözleşme ile kararlaştırılmış salt zararın tazmini olarak kabul etmektedir. Bkz. Bötticher, s.29.

⁸³ Kocağa, s.179 vd.; aynı yazar, **İnşaat Sözleşmesi**, s.149 vd..

⁸⁴ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.23; Sarı, s.303-304.

⁸⁵ Volker Beuthien, “Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe”, **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag**, (Ed. Gotthard Paulus/ Uwe Diederichsen/ Claus-Wilhelm Canaris), München, C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1973, s.498.

⁸⁶ Bu kavrama ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Beuthien, **FS Karl Larenz**, s.495 vd.; Thomas Fischer, **Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz**, Zürich, 1998, s.162; Santoro, s.38; Jauernig, Art 339, N.10-11; Erman/Schaub, Vor Art 339-345, Rn.5; Schellhammer, Rn.1491.

borca aykırı davranışının sonuçlarını önceden bilmesini sağlayarak borçlunun menfaatine olmak üzere, sözleşmenin iki tarafına da yarar sağlamaktadır⁸⁷. Diğer bir benzerlik olarak ise iki kavram da bir asıl sözleşme ve bu sözleşmede kararlaştırılan borcun ihlal edilmesi şartına ihtiyaç duymaktadır⁸⁸.

Bu benzerliklere rağmen her iki kavram arasında önemli farklılıklar vardır. İlk olarak her iki kavramın amaçlarının farklı olduğu ileri sürülmektedir. Zira cezaî şart kararlaştırılmasının amaçlarından biri, asıl borcun yerine getirilmesini güvence altına almaktır. Oysaki götürü tazminat kararlaştırılmak suretiyle alacaklı, zararın ve miktarının ispatı külfetinden kurtulmaktadır. Buna bağlı olarak ise borca aykırılık halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının, önceden ve azami olarak belirlenmesi amaçlanmaktadır⁸⁹. Esasen bu amaç, cezaî şartın da amaçlarından biri olarak kabul edilmektedir.

İkinci farklılık ise zarar ve zararın ispatı bakımından ortaya konulmaktadır. Götürü tazminat talep edilmesi için mutlaka bir zarar ortaya çıkması aranmaktayken; cezaî şart zarar olmasa da diğer şartların gerçekleşmesiyle talep edilebilmektedir⁹⁰. Bunun yanı sıra götürü tazminat bakımından alacaklının ispat yükü yoktur. Borçlu, zararın bulunmadığını veya miktarının götürü tazminattan daha az olduğunu ispat yükü altındadır. Bu farklılığın nedeni olarak götürü tazminatın, bir tazminat niteliğinde olması ve kural olarak tazminatın zararın miktarını aşamayacağı ilkesi gösterilmektedir⁹¹. Yine aynı gerekçe ile cezaî şarttan farklı olarak, götürü tazminat kararlaştırılması halinde alacaklı, TBK m.180/2'ye dayanarak, kararlaştırılan miktar üzerinde tazminat talep edemeyecektir⁹².

⁸⁷ Prütting, Wegen, Weinreich, Vor Art 339, N.4.

⁸⁸ Bentele, s.19; Bucher, s.525; Fischer, s.171; Santoro, s.38.

⁸⁹ Bucher, s.525; Gauch, Schluep, Rey, Rn.4071; Bentele, s.19; Birinci Uzun, s.104; Kocaağa, s.176; Kapancı, s.656-657.

⁹⁰ Beuthien, **FS Karl Larenz**, s.498; Bentele, s.19; Bucher, s.525; Fischer, s.171; Santoro, s.38. Bir görüşe göre, borçlu alacaklının zararının daha az olduğunu ileri sürerek bu miktarı ödemekten kurtulamayacaktır. Bu kuralın istisnasının, beklenmeyen olağanüstü bir durumun ortaya çıkması hali olduğu belirtilmektedir. Bu hususa örnek olarak, TBK m.138'deki aşırı ifa güçlüğü düzenlemesi gösterilmektedir. Bu görüş için bkz. Nomer, Rn.235.2.

⁹¹ Koller, Rn.18; Bentele, s.19; Kocaağa, s.180-181; Birinci Uzun, s.148. Ayrıca karş. Erdem, s.106-108.

⁹² Bentele, s.20; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3941; Koller, §82, Rn.8; Erdem, s.99; Kocaağa, s.181.

Diğer bir önemli farklılık olarak ise asıl borcun ifası sırasında talep hakkının saklı tutulması konusu ele alınmalıdır. Bu farklılık, ifaya eklenen cezaî şart ile götürü tazminat arasında önem arz etmektedir. Şöyle ki TBK m.179/2 uyarınca, ifaya eklenen cezaî şart halinde alacaklı, ifa anında cezaî şartı talep etme hakkını saklı tutmadıkça, daha sonra cezaî şart isteyemez. Buna karşılık götürü tazminat bakımından ifa sırasında bu hak saklı tutulmamış bile olsa, sonradan götürü tazminat talep edilebilecektir. Nitekim hem aksi yönde bir hüküm yoktur hem de götürü tazminat zaten sadece tazminatın miktarını belirlemek amacıyla kararlaştırılmaktadır⁹³.

İncelenmeye değer bulunan diğer bir konu ise hâkimin sözleşmede belirlenen miktara müdahale edip edemeyeceği hususudur. Hâkimin aşırı gördüğü cezaî şartı kendiliğinden indirebileceğine ilişkin TBK m.182/3'de (*OR m.163/3*) öngörülen yetki ile borçlunun yüksek miktarlarda tazminat ödemesinden korunması için sözleşmede yer verilen götürü tazminat, amaç yönünden benzerlik göstermektedir. Fakat kanundaki düzenleme kapsamında, aşırı miktardaki cezaî şartın hâkim tarafından indirilmesine yönelik yetki, alacaklının menfaatleri ile borçlunun menfaatlerinin dengelenmesine hizmet etmektedir. Hâkime cezaî şartta indirim yapma yetkisi, borca aykırı davranışın ağırlığı, ekonomik durum, sözleşme ilişkisinin niteliği ve türü gibi unsurların değerlendirilmesi sonucu, miktarda aşırılık tespit edilmesi halinde tanınmıştır. Buna karşılık götürü tazminat yoluyla belirlenen miktarın zarar ile arasındaki ilişki, esasen borca aykırı davranış halinde sadece alacaklının malvarlığının uğrayabileceği değer kaybını gidermeye yöneliktir. Yoksa alacaklıya zarar haricinde kazandırma yapmayı amaçlamamaktadır. Bir görüş tarafından götürü tazminat halinde, cezaî şarta ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı savunulmakla beraber, hâkimin indirim yetkisine ilişkin TBK m.182/3'den kıyasen yararlanılabileceği ifade edilmektedir⁹⁴. Bununla beraber kıyasen dahi olsa cezaî şarta ilişkin hükmün, götürü tazminata uygulanamayacağını savunanlar da vardır⁹⁵. Bu halde cezaî şart götürü

⁹³ Erdem, s.121; Birinci Uzun, s.152; Kocağa, s.182.

⁹⁴ Bucher, s.525; Hans Theodor Soergel, Wolfgang Siebert, **Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar**, 13. Auflage, Band 5/3, Schuldrecht 3/3, §328-432, Titel 3, §336-345, Stuttgart, Kohlhammer Druckerei, 2010, Vorbem. §339 BGB, 27; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3974; Nomer, Rn.235.2. Ayrıca bkz. Cansel, Özel, s.716.

⁹⁵ MüKo/ Gottwald, Vorbem. vor § 339 BGB, Rn.3; Fischer, s.163; Santoro, s.39; Erman/Schaub, Vor Art 339-345, Rn.5; Koller, §82, Rn.10; Bentele, s.21; Jauernig, Art 339, N.11; Erdem, s.122; Birinci Uzun, s.153-154.

şekilde belirlendiğinden, hâkimin cezaî şart miktarı bakımından takdir yetkisinden kural olarak söz edilemez. Bu durumda borçlu, borcu ifa etmemesi halinde sorumlu olduğu miktarı önceden bilmektedir. Alacaklı ise borcun ifa edilmemesi hali bakımından kendisini korunmuş hissetmektedir⁹⁶.

İki kavramın ilişkisine dair diğer görüşe göre, götürü tazminatın cezaî şartın özel bir türü olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla götürü tazminat kararlaştırılması halinde de cezaî şart hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁹⁷. Bu görüşe göre, zarar miktarının azami olarak önceden belirlendiği ve alacaklıyı zararın ispatı yükünden kurtaran anlaşmaların, cezaî şart olarak görülmemesi için herhangi bir neden yoktur. Keza taraflar, sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilirler. Cezaî şart bakımından bu serbestinin tek sınırı, TBK m.182/3 uyarınca aşırı miktarda kararlaştırılan cezaî şartın indirilmesine yönelik düzenlemedir. Dolayısıyla taraflar, kanundaki hükümlerden farklı cezaî şart kararlaştırabileceklerdir. Örneğin sözleşmede, tarafların aşkın zararı talep etmeyeceklerine yer vermeleri, cezaî şart niteliğinde değişiklik yapmaz. Taraflar, cezaî şart belirlerken farklı içerikte düzenlemeler yapabileceklerdir. Bu görüş bakımından götürü tazminat da aslında cezaî şartın içeriğinin değiştirilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede götürü tazminat, cezaî şartın sadece özel bir düzenleme biçimidir⁹⁸.

Götürü tazminat ile cezaî şart arasındaki ilişkinin niteliğinin tespit edilmesi sözleşmede yer alan kayda uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde önem arz etmektedir. Nitekim cezaî şart olarak kabul edilmesi halinde, cezaî şarta ilişkin hükümlerin (TBK m.179-182), götürü tazminat olarak kabul edilirse, tazminat hukukuna ilişkin hükümlerin (TBK m.112 vd.) uygulanması gerektiği sonucuna varılacaktır⁹⁹. Fakat sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, sözleşmede yer verilen kaydın hangi kavrama yönelik olduğunun tespiti çoğunlukla zorluk arz edebilecektir. Zira götürü tazminat kavramına kanunda dahi yer verilmemiştir.

⁹⁶ Erdem, s.122; Birinci Uzun, s.153-154.

⁹⁷ Sarı, s.303-304. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.29-30; Cansel, Özel, s.720.

⁹⁸ Sarı, s.303-304.

⁹⁹ Kocağa, s.178; Kapancı, s.671.

Her iki kavramın birbirinden farklı olduğunu savunan yazarlar, sözleşmede kararlaştırılan kurumun cezaî şart mı yoksa götürü tazminat mı olduğu konusunda uyuşmazlık çıkması halinde sözleşme yorumlanarak tarafların gerçek iradelerinin tespit edilmesi gerektiğini vurgulamaktadırlar¹⁰⁰. Bu çerçevede kararlaştırılan miktarın yüksekliği, zarar şartı aranıp aranmadığı gibi hususlar yapılacak yorum bakımından önemli olabileceken, tarafların sözleşmedeki nitelendirmelerine tek başına anlam yüklenmemesi gerektiğine de dikkat çekilmektedir¹⁰¹. Genellikle ortaya çıkan zarar, sözleşmedeki miktarı aşmıyorsa götürü tazminat olarak kabul edilip; aşmıyorsa cezaî şart olarak ele alınmaktadır¹⁰². Tereddütte kalınan haller için ise kanunda şartları belirlendiğinden, düzenlemenin cezaî şart olarak ele alınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰³.

Kanaatimizce sözleşmede cezaî şart kararlaştırılmasında kanun koyucu tarafından tanınan serbestlik gereği, kanunda koşulları ve sınırları açıkça yer almayan bir kavram yaratmak yerine, bu kavramı cezaî şart hükümleri çerçevesinde değerlendirmek daha isabetli olacaktır. Böylelikle götürü tazminat, aslında aşkın zararın talep edilmesine yönelik hükmün taraflarca uygulanmayacağını kararlaştırıldığı ve muacceliyet şartı olarak zarar ortaya çıkmasının arandığı bir cezaî şart olarak kabul edilmelidir. Ayrıca yüksek miktarda belirlenmesi olasılığında, TBK m.182/3'deki indirim hükmü de kıyasen uygulama alanı bulabilecektir.

B. İş Hukuku'nda Disiplin Cezaları

İş Hukuku'nda, kanun veya sözleşmelerle getirilen kurallara aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar hukuki ve cezaî niteliğe sahiptir. Şöyle ki işçinin işverenin yönetim yetkisi çerçevesinde kalan talimat ve emirlere uymaması, işyerinde uygulanan iş düzenine aykırı davranması her zaman ihtimal dahilindedir. Bu gibi durumlara

¹⁰⁰Peter Schwerdtner, "Grenzen der Vereinbarungsfähigkeit von Vertragsstrafen im Einzelarbeitsverhältnis", *Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1983, s.634; Koller, § 81, Rn.12. Taraflar arasındaki sözleşmenin, zararın tazmin edilmesi amacına yönelik imzalandığı, yani salt denkleştirme işlevi olduğu hallerde götürü tazminat olarak kabul edilmesi yönünde bkz. Schwerdtner, s.634.

¹⁰¹ Erdem, s.122-123; Birinci Uzun, s.154-155; Kocaağa, s.186; Kapancı, s.678-679.

¹⁰² Koller, § 81, Rn.12.

¹⁰³ Koller, § 81, Rn.12; Tunçomağ, *Cezai Şart*, s.34.

ilişkin olarak işveren, belirli şartların varlığı halinde disiplin önlemleri alabilecektir (*Betriebsbuße*)¹⁰⁴. İşte bu türde önlemler, cezaî niteliğe sahiptir.

Hukukumuzda İş Kanunu (m.18, m.25, m.38) ile Türk Borçlar Kanunu'nda (m.399) disiplin cezalarına ilişkin bazı hükümler mevcuttur. Fakat ücret kesintisi ve işten çıkarma yaptırımları dışında, disiplin cezalarının bütününe de içeren genel bir düzenleme yoktur. Bu nedenle disiplin cezalarının esasları, şartları, sınırları ve yargısal denetimi İş Hukuku'nun genel ilkeleri, toplu iş sözleşmesi ile iç yönetmeliklere konulan hükümler yoluyla belirlenmektedir¹⁰⁵.

İş Hukuku'nda disiplin cezaları, genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Genel disiplin cezaları öngörmek için, iş sözleşmesinin taraflarından biri olması sebebiyle işveren zaten yetkilidir. Ayrıca işyeri düzeni de bu tür önlemleri almak bakımından işverene temel oluşturmaktadır. İsviçre'de bu tür disiplin cezaları, “düzen cezaları (*Ordnungsstrafe*)” olarak başlıklandırılmaktadır (*ArG*¹⁰⁶ m.38)¹⁰⁷. Bu cezalar, borca aykırı davranışların yaptırıma bağlanması ile sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Fakat aynı zamanda işyerinde düzen kurma işlevi de görmektedir. Buna karşılık disiplin cezaları yoluyla, işyeri düzeni ile ilgili olmayan talimatların düzenlenmesi yasaktır. Kuşkusuz sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesine ilişkin hukukun genel tedbirleri, disiplin cezaları ile ikame edilemez¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Santoro, s.34; Ender Gülver, “Ücret Kesme Cezası”, **Legal İSGHD**, 2010/28, s. 1368 vd.; Nazlı Elbir, “**Türk ve Fransız İş Hukuklarında Disiplin Cezaları**”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s.12; Saymen, Elbir, s.198-199; Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 14. bs., İstanbul, Beta, 2017, s.133-134. İşçilere disiplin cezası verilmesi için aranan şartlar kısaca sayılırsa: geçerli bir hukuki dayanağın varlığı, cezanın işyerinin düzenini ve disiplinini sağlamak amacı ile sınırlı olması, işçinin kusurunun bulunması ve kusur ile disiplin cezasının orantılı olması, disiplin cezası öngören hükümlerin kaynaklar hiyerarşisine uygun bulunmasıdır. Bu şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Elbir, **Disiplin Cezaları**, s.54 vd.; Sarper Süzek, “İş Hukuku Yaptırımları”, **İHD**, Nisan-Haziran 1993, s.170; aynı yazar, “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, **Çalışma ve Toplum**, S.28, 2011/1, s.11 vd.; Saymen, Elbir, s.206.

¹⁰⁵ Süzek, **Disiplin Cezaları**, s.10 vd.; aynı yazar, s.130. Disiplin cezalarının uyarma, kınama, ücret kesintisi, işten çıkarma ve benzeri türlerine uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Bkz. Elbir, **Disiplin Cezaları**, s.24 vd.; Süzek, s.134.

¹⁰⁶ “Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG)”, 13.03.1964.

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Manfred Rehbinder, “Ordnungsstrafen im schweizerischem Arbeitsrecht”, **in Gedächtnisschrift für Peter Noll**, Zürich 1984, s.258; Santoro, s.34-35.

¹⁰⁸ Roland Müller, **Betriebliches Disziplinarwesen**, Bern, Stämpfli Verlag AG, SSA, Heft 21, 1983, s.63; Santoro, s.35; Martin Lohr, “Vertragsstrafen im Arbeitsverhältnis”, **MDR**, 8/2000, s.430.

İş Hukuku'nda uygulanan disiplin cezalarının, cezaî şarttan farkının anlaşılabilmesi için öncelikle disiplin cezalarının hukuki niteliğinin ortaya konulması gerekir. İsviçre Hukuku'nda işyerinde düzen sağlamayı amaçlayan düzen cezalarının veya diğer deyişle disiplin cezalarının hukuki niteliği tartışmalıdır. Doktrinde bir kısım yazar, disiplin cezasının hukuki temelini otonom bir düzenleme yapma yetkisine dayandığını; bu nedenle bu düzenlemelerin normatif etkiye sahip objektif hukuk kuralları olduğunu savunmaktadır. Bu nedenle işçi ile işveren, bu kurallara doğrudan uymak zorundadır. Oysa ki cezaî şartın geçerliliği bakımından, sözleşmede kararlaştırılmış olması beklenmektedir¹⁰⁹.

İsviçre'de doktrinde Rehbinden tarafından ortaya atılan “sözleşme teorisine (*Vertragstheorie*)” göre ise disiplin cezası bakımından otonom bir düzenleme yapma yetkisinden söz edilemeyecektir. Zira işyerinde düzenlenen disiplin cezası, aslında temelinde iş sözleşmesi olan iş ilişkisine dayanmaktadır; fakat işyerinde bu kurallara uyulması emredici kabul edilmektedir¹¹⁰. Dolayısıyla sözleşme teorisine göre, işyerinde düzenleyici kurallar nasıl ilan edildiği anda tarafların isteği veya kabulüne bakılmaksızın normatif etki gösteriyorlarsa, bu husus disiplin cezaları için de geçerlidir. Kuşkusuz bu kurallara uyma yükümlülüğü bireysel olarak her işçi için sözleşmenin imzalanması ile ortaya çıkmaktadır. Fakat bu düzenlemelerin içeriği, tıpkı toplu iş sözleşmesi veya kanunda yer alan kurallar gibi, bir iş ilişkisinin mevcut olmasını şart koşturmaksızın işyerinde etki göstermektedir. Bu nedenle işyerinde uygulanan disiplin cezaları bakımından, sözleşme temeline dayanma konusunda cezaî şart ile aralarında farklılıklar olduğu ileri sürülmektedir¹¹¹. Sonuç olarak disiplin cezaları, cezaî şart olarak kabul edilmemektedir¹¹².

¹⁰⁹ Frank Vischer, **der Arbeitsvertrag**, 2.Auflage, Basel/Frankfurt am Main, 1994, s.58; Hans Peter Tschudi, **Schweizerisches Arbeitsschutzrecht**, Bern, 1985, s.89.

¹¹⁰ Rehbinden, s.261; ayrıca bkz. Müller, s.81.

¹¹¹ Palandt, **Kommentar**, s.571; Santoro, s.36.

¹¹² Palandt, **Kommentar**, s.571; Santoro, s.37. İsviçre Hukuku'nda, Türk Borçlar Kanunu'nda yer almayan ve kenar başlığı “*Lohnrückbehalt*” olarak belirlenen OR m.323/a'da, işverenin taleplerini güvence altına alma amacıyla ücrete dair bir hüküm düzenlenmiştir. Bu hükme göre, yerleşik bir uygulama olması, tarafların anlaşması veya toplu iş sözleşmesinde öngörülmesi halinde, işveren işçinin ücretinden bir miktar kesinti yapabilecektir. Ancak bu miktar, aksi toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılmadıkça bir ödeme gününe düşen ücretin onda birinden fazla olamaz. Bu kesinti toplamı herhalde işçinin haftalık ücretini geçemez. Miktar sınırı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Adrian Staehelin, Frank Vischer, **Zürcher Kommentar**, V 2 c, OR 319-362, Zürich, Schulthess, 1996, OR

Alman Hukuku'nda da cezaî şart ile işyeri disiplin cezaları genellikle farklı kavramlar olarak kabul edilmektedir¹¹³.

Türk Hukuku'nda ise her iki kavramın ilişkisi ele alınmamıştır. Bununla beraber kanaatimizin, disiplin cezasının cezaî şart olmadığı yönünde olduğunu belirtmek isteriz. Nitekim İsviçre Hukuku'nda savunulduğu gibi disiplin cezası, iş ilişkisi kurulmamış olsa da işyerinde etkiye sahiptir. Her bir işçi, sözleşme imzalanması ile gerekli şartları haiz disiplin cezasının uygulama alanına girmektedir. Cezaî şartın varlığı ise mutlak olarak sözleşmesel ilişkiye ihtiyaç duymaktadır.

C. Dönme Cezası ve Cayma Parası

1. Dönme Cezası ile Cezaî Şart İlişkisi

Türk Hukuku'nda, sözleşme bağının tek taraflı olarak ortadan kaldırılması kural olarak mümkün değildir. Hal böyleyken sözleşmenin her iki tarafına veya tek bir tarafa, belirli bir bedel ödemek karşılığında serbestçe sözleşmeyi feshetme veya sözleşmeden dönme yetkisi tanınmasına yönelik olarak kanun koyucu açık bir hüküm

Art. 323/a, N.4-5; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 323/a, N.1; Frank Vischer, Roland M. Müller, **Schweizerisches Privatrecht: Obligationenrecht Besonderer Teil: Der Arbeitsvertrag**, Band VII/4, 4. Auflage, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2014, §10, N.135. İş sözleşmesi sona erdiğinde işveren, kendi taleplerini bu miktardan düşer. Fakat iş ilişkisi devam ettiği sürece işçi biriken miktarı talep edemez. ZK-Staehelin, OR Art. 323/a, N.7; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 323/a, N.2; Vischer, Müller, §10, N.136; Ullin Streiff, Adrian Von Kaenel, Roger Rudolph, **Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art.319-362 OR**, 7. Auflage, Zürich, 2012, Art. 323/a, N.5. Hükmün son fıkrasında ücrette yapılan bu kesintinin amacına yer verilmiştir. Buna göre, aksi kararlaştırılmadıkça ücrette yapılan bu kesinti, işverenin işçiye karşı iş ilişkisinden doğan geçmişe yönelik ya da ileride doğacak olan tüm taleplerinin güvence altına alınması amacını taşımaktadır; bununla birlikte açıkça belirtildiği üzere cezaî şart değildir. Bu yönde kz. Vischer, Müller, §10, N.134. Ancak hükmün son fıkrasını farklı yorumlayan yazarlara göre, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılmışsa ya da yerleşik bir uygulama mevcutsa ücrette yapılan bu kesinti, OR m.160 anlamında cezaî şart karakterine sahip olabilecektir. Bu görüş için bkz. ZK-Staehelin, OR Art. 323/a, N.6; Jean-Fritz Stöckli, **Berner Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht: Der Arbeitsvertrag**, Art 331-355 und Art 361-362 OR, Bern, Stämpfli Verlag AG., 2014, Art. 323/a, N.2. Türk Hukuku'nda, 01.09.1971 tarih ve 13943 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun zarar karşılığı kesinti kenar başlıklı 31.maddesinde benzer bir hüküm yer almaktaydı. Kanaatimizce bu hüküm, işverenin işçinin iş görürken vereceği zarara karşı önceden aldığı bir önlem olduğundan amaç yönünden cezaî şarttan ayrılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda ise ücret kesme cezası adı altında bir hükme, İşK m.38'de yer verilmiştir. Bununla birlikte bu düzenleme mülga Kanun ile İsviçre'de bahsi geçen düzenlemeden farklı amaca sahiptir. İşK m.38, belirli şartların mevcut olması halinde, işverenin işçiyi cezalandırmak amacıyla başvurması mümkün olan bir tür disiplin cezası karakterine sahiptir. Ücret kesme cezası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, **Disiplin Cezaları**, s.10-12; Ender Gülver, **Ücret Kesme**, s.1368-1369.

¹¹³ Erman/Schaub, Vor Art 339-345, Rn.13; Lohr, s.430.

getirmiştir¹¹⁴. TBK m.179/3’de “*Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır*” şeklindeki hüküm ile dönme cezası düzenlenmiştir (*Wandelpön*).

Dönme cezası, sözleşme ile kararlaştırılan cezaî şartın ödenmesi karşılığında, borçlunun asıl sözleşmeden doğan borcundan kurtulmasını ifade etmektedir¹¹⁵. Sürekli borç ilişkisi doğuran hallerde dönme cezası, fesih cezası olarak adlandırılmaktadır. Bu halde belirlenen miktarın ödenmesi ile sözleşme ileriye etkili olarak sona ermektedir. Dolayısıyla fesih anına kadarki döneme ilişkin ifalar geçerli kalırken, ileriye yönelik olarak sözleşmenin getireceği yükümlülüklerden kurtulunur¹¹⁶.

Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali bakımından dönme cezası, taraflarca kararlaştırılabilir. Bununla beraber kanundan doğan bir sözleşmeden dönme hakkı mevcut ise dönme cezası ödenmesi gerekmemektedir¹¹⁷. Ayrıca salt dönme bildiriminde bulunmuş olmak, sözleşme ilişkisinin ortadan kalkması için yeterli değildir. TBK m.179/3’de, borçlunun gerekçe göstermeksizin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi, dönme cezasını ödemiş veya en azından ödemeyi teklif etmiş olması şartına bağlanmıştır¹¹⁸. Bunun yanı sıra TBK m.446/2’de, rekabet yasağı anlaşması bakımından kararlaştırılan cezaî şart için özel bir düzenleme getirilerek, dönme cezası açıkça düzenlenmiştir¹¹⁹.

Kanunun lafzına bakıldığında esas olanın cezaî şart olduğu, yani ortada bir karine bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla uyumsuzluk halinde borçlunun, kararlaştırılan miktarın cezaî şart değil de dönme cezası olduğunu ispat etmesi beklenmektedir¹²⁰.

¹¹⁴ Saymen, Elbir, s.553; Oğuzman, Öz, s.548.

¹¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Petitjean, s.23; Schoch, s.5; Von Tuhr, Escher, s.283; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3985 vd.; Benteler, s.21; Tekinay vd., s.352; Keser, s.24; Nomer, Rn.236.

¹¹⁶ Oğuzman, Öz, s.549-550.

¹¹⁷ Oğuzman, Öz, s.549; Kocaağa, s.148-149. Ayrıca bkz. Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.383. Örneğin, TBK m.125’de borçlu temerrüdü halinde alacaklının sözleşmeden dönme hakkı vardır.

¹¹⁸ Oğuzman, Öz, s.549; Tekinay vd., s.352.

¹¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Reck, s.111; Eren, s.1214. Ayrıca bu konuda bkz. Bucher, s.530.

¹²⁰ Oğuzman, Öz, s.549; Tekinay vd., s.353; Nomer, Rn.236.

İsviçre Hukuku'nda ise OR m.160/3 ile genel bir dönme cezası hükmü öngörülmesinin yanı sıra, OR m.340'da rekabet yasağına ilişkin olarak borçlunun, cezaî şartın ödenmesi yoluyla borcundan kurtulmasına yönelik özel bir düzenleme mevcuttur¹²¹. Söz konusu hükümler Türk Hukuku ile benzer düzenlemeye sahiptir.

İsviçre'de dönme cezasına yönelik değerlendirmede bulunan bir görüşe göre, bu hükümle borçluya bir seçim borcu yüklenmiştir. Fakat normal bir borç ilişkisinde, seçimlik borcun varlığı halinde, en az iki borç kaleminden hangisinin yerine getirileceği karar anına kadar belirsizdir. Oysa ki cezaî şartın varlığı halinde, edim bakımından belirsizlik mevcut değildir. Zira ortada sadece bir borç vardır; bu borç ise asıl sözleşmeden doğan edimin ifasıdır. Borçlu zamanında bu edimi ifa ederse, kural olarak alacaklının edimi reddetme hakkı yoktur¹²². Cezaî şart muaccel olduktan sonra, asıl edimin ifası ya da cezaî şart arasında seçim yapma hakkına sadece alacaklı sahiptir. Borçlunun, cezaî şart muaccel olduktan sonra asıl edimin ifası ile cezaî şart arasında seçim yapma hakkı yoktur. Dönme cezasında ise borcun yerine getirilmesi ile dönme cezası arasında seçim yapma yetkisi borçluya aittir¹²³.

Her ne kadar dönme cezası, cezaî şart hükmü içinde ve cezaî şart kararlaştırılmasına bağlı düzenlenmişse de esasen iki kavram sahip oldukları etki yönünden birbirinden ayrılmaktadır. Zira cezaî şart, borçlu lehine getirilmiş bir kavram değildir. Aksine asıl borcun ifası için borçluya bir baskı unsuru olarak sözleşmelerde yer verilmektedir. Oysa ki dönme cezası, herhangi bir borç ihlali bulunmamasına karşılık belirli bir bedel ödeme karşılığında, borçluya asıl borcundan kurtulma imkânı getirmektedir. Hatta borçlunun, gerekçe dahi gösterme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹²⁴. Öte yandan cezaî şart, borçluya yönelik getirilmiş bir yaptırım

¹²¹ Bentele, s.23.

¹²² Bu konuda bkz. Schoch, s.3.

¹²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Schoch, s.3-4. Türk Hukuku'nda İsviçre'deki "seçimlik borç" iddiasını ele alan yazarlara göre ise burada seçimlik borç bulunmamaktadır. Zira seçimlik borçlarda borçlu, seçim hakkını kullanmaz ve edimlerden birini ifa etmezse, alacaklı kendisi seçimde bulunamayacak ve seçimlik dava açmak zorunda kalacaktır. Oysa ki borçlu, borcunu ifa etmez ve dönme cezasını da ödemezse alacaklı, seçimlik dava açmak zorunda kalmadan borcun ifası veya cezaî şartı talep edebilecektir. Bu görüş için bkz. Tekinay vd., s.352.

¹²⁴ Cezaî şart ile dönme cezası arasındaki farklar için bkz. Schoch, s.5; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3934; Keller, Schöbi, s.113; Oğuzman, Öz, s.548-549; Tekinay vd., s.353; Eren, s.1214; Hatemi, Gökyayla, s.382.

iken; dönme cezası borçluya tanınmış bir imkândır¹²⁵. Tüm bu farklılıklar dikkate alınarak, kanun koyucunun dönme cezasını, cezaî şart ile olan yakın ilişkisi nedeniyle cezaî şarta ilişkin hükümler arasında düzenlediği, esasen cezaî şart niteliğine bile sahip olmadığı ifade edilmektedir¹²⁶.

TBK m.180/1’de yer alan aşkın zararın talep edilmesine dair hükmün, aksi kararlaştırılmadıkça dönme cezası kararlaştırıldığında uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmektedir¹²⁷. Aynı şekilde dönme cezasının aşırı olduğu gerekçesiyle hâkimin indirim yetkisini kullanması da mümkün görülmemektedir. Nitekim borçlu, cezaî şart ödemeyi göz önüne alarak, sözleşmeden dönmeyi kendisi tercih etmiştir¹²⁸. Bunun yanı sıra dönme cezası kararlaştırılması halinde, alacaklı kendi iradesi ile kanunda yer alan seçim hakkından da vazgeçmektedir. Bu nedenle dönme cezasının, gerçek anlamda cezaî şarttan çok, aralarındaki farklara rağmen TBK m.158’de düzenlenen cayma parasına¹²⁹ daha çok benzediği savunulmaktadır (*Reugeld*)¹³⁰.

2. Dönme Cezası, Cayma Parası ve Cezaî Şart İlişkisi

Cayma parası, sözleşmeden serbestçe dönülmesinin karşılığı olarak, sözleşmenin kurulması anında karşı tarafa belirli bir bedelin peşin olarak ödenmesidir. Böylelikle sözleşme kurulurken karşı tarafa parayı veren, verdiğini kaybetmek karşılığında sözleşmeden dönme hakkı elde etmektedir. Dönme cezası ise sözleşmeden dönmeyi gerçekleştirdiği an ödenmek üzere karşı tarafa taahhüt edilmektedir¹³¹.

¹²⁵ Oğuzman, Öz, s.548; Serozan, **Dönme**, s.233; Akkayan Yıldırım, s.375.

¹²⁶ Santoro, s.21; Oğuzman, Öz, s.548; Kılıçoğlu, s.980-981.

¹²⁷ Santoro, s.21; Oser, Schönerberger, Art161 OR, N.3; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.47; Eren, s.1216; Kılıçoğlu, s.981. Aksi görüşte bkz. Bentele, s.22. Tunçomağ, rekabet yasağının ihlali için kararlaştırılan cezaî şart (TBK m.446/2) bakımından aşkın zararın tazmin edilmesi hususu kanunda açıkça düzenlendiğinden, istisna olduğunu belirtmektedir. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.47; aynı yönde bkz. Kocaağa, s.151.

¹²⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 1.Bölüm, X, B, 3, e.

¹²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. 1. Bölüm, IV, C, 2.

¹³⁰ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.31; Eren, s.1214; Kılıçoğlu, s.982.

¹³¹ Gauch, Schluep, Rey, Rn.4085; Koller, §81, Rn. 39; Von Tuhr, Escher, s.288; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.31; Bilge, s.52; Oğuzman, Öz, s.553; Tekinay vd., s.353.

Cezaî şartın amaçlarından biri, alacaklının alacağının güvence altına alınmasıdır. Bunun tam tersi olarak, dönme cezası kararlaştırıldığında borçlunun bulunduğu tarafa kolaylık getirilmektedir¹³². Bu nedenle de dönme cezası, aslında cezaî şarttan çok cayma parası ile benzer işlev göstermektedir. Zira hem dönme cezasında hem de cayma parasında, borçluya sözleşmede kararlaştırılan edimin ifasından kurtulma imkânı tanınmaktadır. Ayrıca her iki kavram için de asıl sözleşme taraflarının ayrı bir sözleşme yapmaları veya asıl sözleşmede böyle bir düzenlemeye yer vermeleri gerekmektedir¹³³. Bununla beraber her iki kavram da birbirinden esas yönünden ayrılmaktadır. Öncelikle her iki kavramın düzenlendikleri maddeler farklıdır. Türk Hukuku'nda dönme cezası, TBK m.179/3'de düzenlenmişken, cayma parası TBK m.178'de düzenlenmiştir¹³⁴. İsviçre'de dönme cezası OR m.160/3'de düzenlenmişken, cayma parası ise OR m.158/3'de düzenleme alanı bulmuştur¹³⁵.

Cayma parasının hükümleri de oldukça farklıdır. Buna göre cayma parası veren sözleşmeden dönmüşse, sözleşme kurulurken karşı tarafa verdiği miktarı geri isteyemeyecektir. Buna karşılık, karşı taraf sözleşmeden dönmüşse aldığı cayma parasını misliyle geri ödeyecektir¹³⁶. Dönme cezasından farklı olarak, cayma parasında hem bunu veren hem de alanın gerekçe öne sürmeden sözleşmeden dönme hakkı mevcuttur. Hâlbuki dönme cezasında alacaklı, kural olarak borçlunun taahhüt ettiği miktarı veya daha fazlasını vererek sözleşmeden dönemeyecektir¹³⁷.

Bir başka farklılık ise hakkın kullanılma zamanı bakımından ortaya çıkmaktadır. Dönme cezasında borçlu, kural olarak her zaman, kararlaştırılan tutarı ödeyerek sözleşmeden dönebilecektir. Cayma parası verilmesi halinde ise asıl borç

¹³² Petitjean, s.25; Bentele, s.22; Keller, Schöbi, s.113; Schoch, s.4; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3934; Oğuzman, Öz, s.548; Tekinay vd., s.353; Santoro, s.40.

¹³³ Dönme cezası ile cayma parasının benzerlikleri için bkz. Schoch, s.5.

¹³⁴ TBK m.177/1'de de cayma parasına yönelik bir hüküm mevcuttur. Buna göre sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu paranın, cayma parası olup olmadığı hakkında tereddüt varsa cayma parası değil, sözleşmenin yapıldığına kanıt (*bağlanma parası-teminat akçesi*) olarak verilmiş sayılır. Yani bu madde ile aksi ispat edilebilir bir karine getirilmiştir. Bu konuda bkz. Bucher, s.515; Von Tuhr, Escher, s.288; Oğuzman, Öz, s.551.

¹³⁵ Dönme cezası ile cayma parasının farklılıkları için bkz. Von Tuhr, Escher, s.288; Schoch, s.5; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3988; Tekinay vd., s.353.

¹³⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.31; Bilge, s.53.

¹³⁷ Schoch, s.5; Oser, Schönenberger, Art 160 OR, N.7; Von Tuhr, Escher, s.288; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.31; Oğuzman, Öz, s.559-560.

ifaya başlandıktan sonra, sözleşmeden dönülemeyeceği kabul edilmektedir. Yani en geç sözleşme ifa edilmeden önce bu hak kullanılmalıdır¹³⁸. Ayrıca sözleşmede yer alan düzenlemenin cayma parası mı yoksa dönme cezası mı olduğuna yönelik tereddüt yaşanması halinde, verilen paranın dönme cezası sayılacağı, cayma parası olarak verildiğini iddia edenin ispatla yükümlü olduğu kabul edilmektedir¹³⁹.

Cayma parasının, cezaî şartın bir türü olarak kabul edilen dönme cezası ile karıştırılma olasılığı daha yüksek olsa da, cezaî şarttan ayrılmasını sağlayan belirgin farklılıkları da yok değildir. Bu nedenle cayma parası ile dönme cezası hükmü dışında, cezaî şart türleri bakımından da konunun ele alınması uygun görülmüştür.

Yararlandırııcı bir hukuki işlem olan cayma parası, sözleşmeden dönme halinde diğer tarafta kalmaktayken; borç doğurucu bir hukuki işlem olan cezaî şart için sözleşmeden dönme yoluna başvurulması gerekmemektedir. Cezaî şart talep edilebilmesi için borçlu tarafından sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemiş olması ya da belirlenen zaman veya yerde borcun ifa edilmemiş olması yeterlidir¹⁴⁰.

Yine başka bir farklılık olarak cayma parasının, sözleşmenin hükmünü zayıflatmasına karşılık, cezaî şartın sözleşmenin yerine getirilmesini güvence altına almaya yönelik olması dolayısıyla sözleşmeyi güçlendirdiğine dikkat çekilmektedir¹⁴¹. Nitekim cayma parasının miktarı sözleşmenin ifa edilmesi halinde elde edilecek menfaate oranla genellikle oldukça düşük belirlenmesine rağmen, cezaî şart ise genellikle borca uyulmaması halinde ortaya çıkacak zararı karşılayacak veya onu aşacak miktarda belirlenmektedir. Fakat aksi de kararlaştırılabilecektir¹⁴².

Cayma parası ile cezaî şart arasındaki ilişki bakımından ele alınan en önemli farklılık ise hâkimin indirim yetkisidir. Zira cezaî şart bakımından bu yönde bir hükme

¹³⁸ Oğuzman, Öz, s.560; Kocaağa, s.200.

¹³⁹ Hüseyin Ekinci, **Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu: Doktrin ve Uygulama**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s.233; Kocaağa, s.200. İsviçre Hukuku'nda aynı yönde bkz. Von Tuhr, Escher, s.288.

¹⁴⁰ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.32; Bilge, s.53.

¹⁴¹ Cayma parası ve cezaî şart arasındaki farklılıklara dair bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.31-32; Kocaağa, s.201-202.

¹⁴² Oser, Schönerberger, Vor. zu Art 160-163 OR; Rn.14; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.32; Bilge, s.53.

TBK m.182/3’de yer verilmesine rağmen, cayma parası bakımından bir düzenleme getirilmemiştir. Hâkim görüşe göre, cezaî şart olarak kabul edilmediğinden dolayı, dönme cezasında olduğu gibi, cayma parası bakımından da hâkimin aşırı gördüğü cezaî şartı indirme yetkisi uygulama alanı bulmamalıdır¹⁴³. Buna karşılık aksi görüşü savunan yazarlar da vardır¹⁴⁴.

Alman Hukuku’nda komisyonculuk/simsarlık sözleşmesinde (*Maklervertrag*) kararlaştırılan cayma parasının cezaî şart olarak kabul edilebileceği; bunun dışındaki hallerde ise cezaî şart olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir¹⁴⁵. Ayrıca Alman Hukuku’nda cezaî şarta ilişkin BGB m.339 ve özellikle hâkimin indirim yetkisine ilişkin BGB m.343’ün, niteliğine uygun düşmediği için cayma parasına uygulanamayacağı savunulmaktadır¹⁴⁶.

D. Gerçek Olmayan Cezaî Şart

Geçerli bir asıl borç mevcut olmamasına rağmen, bir şeyin yapılması veya yapılmaması için belirli bir miktar ödeneceğinin kararlaştırılması, gerçek bir cezaî şart değildir. Bu husus, gerçek olmayan cezaî şart olarak kabul edilmektedir (*Unechte/Selbstständige Konventionalstrafe*)¹⁴⁷. Kısacası bir kişi, bir eylemde bulunmak veya bir eylemde bulunmaktan kaçınmak için bir edim vaat ederse, gerçek olmayan cezaî şart ortaya çıkmaktadır¹⁴⁸. Cezaî şart anlaşmasından farkı ise taraflar arasında bir asıl borç bulunmasının aranmamasıdır; yani burada bağımsız bir yükümlülük mevcuttur¹⁴⁹.

¹⁴³ Koller, §81, Rn. 43; Oğuzman, Öz, s.559.

¹⁴⁴ Aksi görüş için bkz. Tekinay vd., s.341; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Cilt 3, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s.222.

¹⁴⁵ Palandt, **Kommentar**, s.571; Jauernig, Art 353, N.1; Schellhammer, Rn. 1493.

¹⁴⁶ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.5; Palandt, **Kommentar**, s.571; Erman/Schaub, Art 343, Rn.7.

¹⁴⁷ Schoch, s.11; Bentele, s.13; Bucher, s.525; Staudinger, Vor Art 339, N.10; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.39.

¹⁴⁸ Schoch, s.11; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.16; Bucher, s.525; Petitjean, s.28; Von Tuhr, Escher, s.286; Staudinger, Vor Art 339, N.10-11; Bentele, s.13; Lohr, s.430; Haas, Fuhlrott, s.1; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.39.

¹⁴⁹ Erman/Schaub, Vor Art 339-345, Rn.2; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.16; Bötticher, s.16; Dietzi, s.40; Bentele, s.13; Koller, §82, Rn.1; Lohr, s.430; Haas, Fuhlrott, s.1; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.40.

Gerçek olmayan cezaî şart, asıl borç gerekmezsizin kararlaştırılabildiği için, cezaî şarttan farklı olarak fer'i niteliği de bulunmamaktadır¹⁵⁰. Buna karşılık her iki kurum da borca aykırı davranılması halinde yüksek miktarda edimin ifası ile yükümlendirdiğinden, borçlu üzerinde psikolojik olarak baskıya neden olmaktadır. Yine her ikisi de iradi şarta bağlanmış borçlardandır¹⁵¹.

Gerçek ve gerçek olmayan cezaî şartın amaçsal benzerlikleri dikkate alınarak, her ne kadar kanunda bu kuruma dair bir düzenleme mevcut olmasa da cezaî şarta ilişkin hükümlerin, gerçek olmayan cezaî şarta kıyasen uygulanması kabul edilmektedir. Özellikle TBK m.182/3'de düzenlenen cezaî şartın indirilmesi hükmünün, kıyasen gerçek olmayan cezaî şarta uygulanması kanuna uygun bulunmaktadır¹⁵².

İsviçre'de ise hukukumuzda da olduğu gibi, gerçek olmayan cezaî şarta ilişkin açık bir hüküm öngörülmemiştir. Bu nedenle gerçek olmayan cezaî şartın, OR m.160'a dayanan bir cezaî şart değil, atipik bir cezaî şart olduğu kabul edilmektedir¹⁵³. Yine de İsviçre doktrinde hâkim görüş, cezaî şarta ilişkin OR m.160 vd. maddelerinin uygun düştükçe, gerçek olmayan cezaî şarta da uygulanması yönündedir. Özellikle hâkimin aşırı gördüğü cezaî şartı indirme yetkisine ilişkin OR m.163'ün, borçlunun ekonomik olarak mahvını önlemek amacıyla dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁴.

Alman Hukuku'nda gerçek olmayan cezaî şarta tipik örnek olarak, işçinin iş sözleşmesini fesih hali için bir ceza ediminin belirlenmesi gösterilmektedir¹⁵⁵. Gerçek

¹⁵⁰ Gerçek ve gerçek olmayan cezaî şart arasındaki farklar için bkz. Bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Vor Art 339, Rn.2; Schoch, s.11; Erman/Schaub, Vor Art 339-345, Rn.2; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.16.

¹⁵¹ Gerçek ve gerçek olmayan cezaî şart arasındaki benzerlikler için ayrıca bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.40.

¹⁵² Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.40; Kocaağa, s.211.

¹⁵³ Petitjean, s.28; Schoch, s.11; Bentele, s.14. Hatta Petitjean, gerçek olmayan cezaî şart kavramının yanıltıcı olabileceğini, bu nedenle "*ceza benzeri vaat*" kavramının kullanılmasının daha doğru olduğunu savunmaktadır. Bkz. Petitjean, s.29. Aynı görüşte bkz. Bucher, s.525; Von Tuhr, Escher, s.286.

¹⁵⁴ Becker, Art 163 OR, N.26; Schoch, s.11 ve 71; Von Tuhr, Escher, s.287; Bucher, s.525; Koller, § 81, Rn.4-5 ve §82, Rn.4.

¹⁵⁵ Bötticher, s.6. Örneğin, işçinin sözleşmeyi feshetmesi halinde, işverenin ödediği ikramiyelerin veya benzeri edimlerin geri ödenmesine ilişkin geri ödeme klotu, gerçek olmayan cezaî şart olarak kabul edilmektedir. Bu örnek için bkz. Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.17; Niemann, s.92. Bu örnekte, asıl sözleşmenin ihlal edilmesi değil, işçi tarafından hukuka uygun bir davranış ile sözleşmenin sonlandırılması haline ilişkin olarak ceza edimi öngörüldüğünden, gerçek olmayan cezaî şartın varlığı kabul edilmektedir. Bkz. Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.17.

olmayan cezaî şart kararlaştırılması halinde, belirli bir borcun yerine getirilmesi güvence altına alınmamaktadır¹⁵⁶. Kuşkusuz gerçek olmayan cezaî şartın geçerliliği, kuvvetlendirdiği edimin kanuna ve ahlaka aykırı olmamasına bağlıdır¹⁵⁷. Bu nedenle verilen örnekteki gibi, işçinin fesih hakkının özüne dokunacak nitelikte bir cezaî şart ister gerçek ister gerçek olmayan nitelikte cezaî şart olarak kabul edilsin, kanuna aykırı sayılmalıdır.

Alman Hukuku'nda, cezaî şart ile gerçek olmayan cezaî şart arasında yukarıda sayılan farklılıklar aralarında kesin bir çizgi çizmek için yeterli görülmemektedir. Zira sözleşme serbestisi gereği, gerçek olmayan cezaî şart için de taraflar, yapma veya yapmama borcu belirleyebileceklerdir. Bu nedenle kanundaki cezaî şart hükümlerinin, gerçek olmayan cezaî şarta uygulanıp uygulanamaması konusunda tereddüt doğmaktadır. Doktrinde bir görüş tarafından, kavramın niteliğine uygun düştüğü ölçüde cezaî şarta ilişkin hükümlerin uygulanabileceği savunulmaktadır¹⁵⁸. Bu yöndeki bir görüş, gerçek olmayan cezaî şartın da normal cezaî şartın da borçlu davranışına ilişkin bir yaptırım olduğunu; bu nedenle aslında gerçek olmayan cezaî şartın, cezaî şartın bir alt türü olduğunu savunmaktadır¹⁵⁹. Yine Alman Hukuku'nda gerçek ve gerçek olmayan cezaî şart arasındaki sıkı bağlantının, Roma Hukuku temeline dayandığı ileri sürülmektedir. Nitekim Roma Hukuku döneminde yalnızca paraya ilişkin talepler nitelendirilir ve ancak bunların tahsil edilmesine yönelik kurumlar uygulanırdı. Buna karşılık sözleşmede yapma veya yapmama edimine ilişkin haklar düzenlenmezdi. Borcun yerine getirilmemesi hali için, genellikle cezaî şart olarak para edimi kararlaştırılırdı¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Bentele, s.13 ve 130; Koller, §82, Rn.1; Niemann, s.92.

¹⁵⁷ Schoch, s.11; Koller, §82, Rn.2; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.41. Örneğin gerçek olmayan cezaî şart eksik borçların güvence altına alınması için kararlaştırılabilecekken, kumar borcu kanunda dava hakkı tanınmayan borçlardan olup, hukuka veya ahlaka aykırı bir fiil olduğundan, gerçek olmayan cezaî şart kararlaştırılması yoluyla korunması da kabul edilmemektedir. Bu örnek için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.39.

¹⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Eike Schmidt, "Schlechtleistung und Händlerisiko", **Recht im Spannungsfeld von Theorie und Praxis: Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70. Geburtstag**, München, C. H. Beck, 1998, s.529; Erman/Schaub, Vor Art 339-345, Rn.2 ve Art 343, Rn.7; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.18.

¹⁵⁹ Soergel, Lindacher, Vor Art 339, Rn.10; Erman/Schaub, Vor Art 339-345, Rn.2.

¹⁶⁰ Schmidt, **FS Heinrichs 1998**, s.529.

E. Teminat Akçesi

Teminat akçesi, borçlunun alacaklıya bir miktar parayı sözleşmenin başında ödemesi halinde söz konusudur¹⁶¹. Teminat akçesinin amacı, sözleşmenin alacaklı tarafının karşı tarafa nazaran güçlendirilmesidir (*Haftgeld*). Bu amaç, cezaî şartın amacı ile benzerlik göstermektedir. Fakat esasında iki kurum arasında açık farklılıklar vardır.

Teminat akçesi, TBK m.177’de (OR m.158/1-2) “*bağlanma parası*” adı altında düzenleme bulmuştur ve cayma parasından farklı bir kavram olduğuna maddede açıkça dikkat çekilmiştir. Bu kurum aracılığı ile sözleşmenin ifa edilmemesi halinde, önceden ödenen toplam miktarın alacaklıda kalacağı kararlaştırılmaktadır¹⁶². Esasen sözleşme kurulurken alacaklıya teminat akçesi verilmesi halinde, alacaklı bunu alacağına mahsup etmeden muhafaza eder ve bu tür teminat akçesine İsviçre’de “*Draufgeld*” denilmektedir. Bununla birlikte teminat akçesini alan kimse, sözleşmede bu yönde hüküm olması durumunda veya yerel adetler gereği, bunu alacağına mahsup edebilir (TBK m.177/2). İsviçre’de bu tip teminat akçesine ise “*Angeld*” denir¹⁶³. Cezaî şart kararlaştırılması halinde ise, asıl sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlali halinde cezaî şart ödenmesi gerekmektedir.

İki kurum arasındaki diğer bir farklılık ise cezaî şartın para dışında bir edim olarak kararlaştırılabilmesinde görülmektedir. Fakat her iki kavram da asıl borç ihlal edildiğinde, aynı işleve sahip olarak ortaya çıkmaktadır; yani telafi amacı taşımaktadır¹⁶⁴. Teminat akçesi de cezaî şart gibi, asıl borç kesin hükümsüz olduğunda, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri talep edilebilecektir. Zira bu durumda, teminat akçesi gerçekleşmeyen bir sebep dolayısıyla karşı tarafa verilmiş olmaktadır¹⁶⁵. İki kurum arasındaki benzerliklere rağmen, hem şartlarının ve hukuki sonuçlarının ayrı kanun maddeleri altında düzenlenmiş olması hem de aralarındaki

¹⁶¹ Von Tuhr, Escher, s.287; Bentele, s.17; Bühler, s.160. Ayrıca teminat akçesi, sözleşme kurulduğuna delil oluşturmak amacını da taşımaktadır.

¹⁶² Von Tuhr, Escher, s.287; Bühler, s.160.

¹⁶³ Bentele, s.17.

¹⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bentele, s.17.

¹⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Von Tuhr, Escher, s.287-288.

açık farklılıklar göstermektedir ki, teminat akçesi net olarak cezaî şarttan farklı bir kurumdur.

F. Garanti Sözleşmesi

Amaç bakımından ele alındığı zaman cezaî şart kavramına benzer bir başka hukuki kurum ise garanti sözleşmesidir. Nitekim her iki hukuki kurumun amacı da alacaklının menfaatlerinin güvence altına alınmasıdır. Ayrıca her ikisi bakımından da asıl borcun dışında ayrı bir vaat aranmaktadır¹⁶⁶.

Garanti sözleşmesinin, cezaî şarttan ayrıldığı en önemli nokta olarak görülebilecek husus, garanti vaadi ile asıl sözleşme arasında asli-fer'i borç ilişkisi olmamasıdır. Bu nedenle cezaî şarttan farklı olarak, asıl sözleşme imkânsız olduğunda, genellikle garanti edimi muaccel olmaktadır¹⁶⁷. Cezaî şart ise asıl sözleşme ile asli-fer'i borç ilişkisine sahiptir¹⁶⁸.

Türk Hukuku'nda açık bir hükümle düzenlenmeyen garanti sözleşmesine, TBK m.128'deki üçüncü kişinin fiilini üstlenme hükümleri kıyasen uygulanmaktadır. İsviçre'de de benzer şekilde OR m.111'deki üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye ilişkin düzenleme uygulama alanı bulmaktadır. Garanti sözleşmesi, borçlunun asıl sözleşme ilişkisini ihlal etmesi halinde, alacaklının güvence altına alınması için, üçüncü bir kişinin yükümlülük altına girmesini öngörmektedir¹⁶⁹. İşte cezaî şarttan ayrıldığı diğer bir nokta da garanti sözleşmesinin tanımında yer almaktadır¹⁷⁰. Buna göre cezaî şart anlaşmasında üçüncü bir kişinin değil, genellikle asıl sözleşmenin borçlusunun bir

¹⁶⁶ Schoch, s.8-9.

¹⁶⁷ Reck, s.114.

¹⁶⁸ Gauch, Schluep, Rey, Rn.3960; Bucher, s.525-526; Reisoğlu, **Garanti**, s.20-21; Tandoğan, s.812-813. Karş. Schoch, s.9.

¹⁶⁹ Schoch, s.8; Becker, Art 111 OR, N.10; Seza Reisoğlu, **Garanti Mukavelesi: Mahiyeti, Unsurları, Benzeri Münasebetlerden Tefriki, Hüküm ve Neticeleri**, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1963, s.9 vd.; Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, C.II, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.804; aynı yazar, **Garanti Mukavelesi: Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki**, İstanbul, Güzel İstanbul Matbaası, 1959, s.12 vd..

¹⁷⁰ Schoch, s.9; Reck, s.114, Bentele, s.17; Jauernig, Vor Art 765, N.13t.

vaadi yer almaktadır¹⁷¹. Oysa ki garanti sözleşmesinde, asıl sözleşmenin borçlusu ile borcun ihlali hali için kararlaştırılan edimin garantörü aynı kişiler değildir¹⁷².

Diğer bir farklılık ise kararlaştırılan miktar bakımından ortaya çıkmaktadır. Garanti sözleşmesinde, garantörün garanti edeceği miktar asıl borcu aşamayacaktır. Bununla beraber cezaî şart, asıl borcun miktarı ile bağlı değildir. Aksine amacı dolayısıyla, genellikle asıl borcu aşacak miktarda kararlaştırılmaktadır¹⁷³.

Garanti sözleşmesi dışında, üçüncü kişinin katılımı ile yapılan kefalet sözleşmesi gibi güvence öngören sözleşmeler ile cezaî şart anlaşması, asıl sözleşme ile olan fer'ilik ilişkisi ve çoğu durumda sözleşmenin taraflarının farklı olması bakımından birbirinden ayrılmaktadır¹⁷⁴.

G. Hak Düşürücü Kayıt ve Iskat Kaydı

Asıl sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi haline yönelik cezaî şart kararlaştırılmışsa, bu cezaî şart asıl edimden farklı bir edim olarak ortaya çıkmaktadır. Eğer zaten mevcut bir hakkın alınması, azaltılması veya değiştirilmesi şeklinde bir edim kararlaştırılmışsa cezaî şarttan söz edilemez. Bu durumda hak düşürücü kayıt söz konusu olmaktadır (*Verfallklausel*)¹⁷⁵. Cezaî şart kararlaştırılması halinde, asıl edimden farklı olarak genellikle para ediminin karşı tarafa ödenmesi kararlaştırılmaktadır.

Hak düşürücü kaydı tanımlarsak, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun, önceden sahip olduğu bir hakkı tamamen veya kısmen kaybetmesine yönelik olarak, taraflarca kararlaştırılan bir kayıt olduğunu ifade edebiliriz. Buna örnek olarak, ödenmesi belirli bir süreye bağlanmış olan bir alacağın taksit veya faizlerinin zamanında ödenmemesi halinde, alacağın tamamının muaccel

¹⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Schoch, s.9; Bentele, s.17-18; Reck, s.114.

¹⁷² Cezaî şart anlaşmasının borçlusunun, asıl sözleşmenin borçlusundan farklı belirlendiği hallerde garanti sözleşmesi kavramına yaklaşıldığı hususundaki görüşler için ayrıca bkz. I. Bölüm, V, B, 2, c.

¹⁷³ Bu fark için bkz. Schoch, s.9; Reisoğlu, **Garanti**, s.154-155; Tandoğan, s.855.

¹⁷⁴ Gauch, Schluep, Rey, Rn.3960; Reck, s.115. Son yazar, söz konusu kavramlar arasındaki ayrımın sınırının, cezaî şart anlaşması ile üçüncü kişinin güvence getiren vaadi bir arada bulunduğu güçleştiğine dikkat çekmektedir. Bkz. Reck, s.115.

¹⁷⁵ Schoch, s.9; Söllner, s.101.

olması gösterilmektedir¹⁷⁶. Yine primlerin ödenmesinde gecikme olması dolayısıyla sigortanın geçersiz sayılması veya faizin zamanında ödenmemesi dolayısıyla kredinin muaccel hale gelmesi gibi durumlar cezaî şart değil, hak düşürücü kayıta örnek oluşturmaktadır¹⁷⁷.

Yukarıdaki tanımdan da açıkça anlaşıldığı üzere hem cezaî şartta hem de hak düşürücü kayıta, borcun hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi haline yönelik olarak taraflarca sözleşmede bir yaptırım kararlaştırılmaktadır¹⁷⁸. Bununla beraber hak düşürücü kayıta, mevcut bir hakkın tamamen veya kısmen kaybedilmesi sonucu doğmaktadır. Cezaî şartta ise asıl edimden farklı bir edimin alacaklıya ödenmesi söz konusudur. Buna bağlı olarak cezaî şart ile asıl edim arasında asli-fer'i borç ilişkisi olmasına rağmen, hak düşürücü kayıta böyle bir ilişkiden söz edilemeyecektir. Yine hak düşürücü kayıta, borca aykırılık halinde sözleşmenin feshi/sözleşmeden dönme, kayıdın konusu olabilmektedir. Buna karşılık cezaî şartın konusunun “fesih” olması mümkün görülmemektedir. Nitekim cezaî şart, ekonomik değere sahip bir edim olabilecekken, fesih ise doğrudan ekonomik değere sahip değildir¹⁷⁹.

Alman Hukuku'nda BGB m.354'de açıkça düzenlendiği üzere, hak düşürücü kayıta, borca aykırılık halinde borca aykırı davranan kişinin hak kaybı ile karşılaşacağı önceden sözleşmede kararlaştırılmaktadır¹⁸⁰. Buna karşılık aynı hükümde, eğer borca aykırı davranan kişi bunun sonucunda tüm haklarını kaybedecekse, alacaklının sözleşmeden dönme hakkı olduğu ifade edilmiştir¹⁸¹. Buna “ıskat kaydı” da denilmektedir (*Verwirkungsklausel*). Iskat kaydında, sözleşmenin tarafları, belirli bir durumun ortaya çıkması hali için dönme hakkını saklı tutmaktadır.

¹⁷⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.35.

¹⁷⁷ Bu örnekler için bkz. Schoch, s.9-10. Bununla beraber aynı yazar, mevcut borcun artırılmasına yönelik hallerin cezaî şart ile örtüşebileceğini ifade ederken; faizdeki gecikmenin faiz oranının artması sonucu doğurmasını örnek olarak vermektedir. Bkz. Schoch, s.10.

¹⁷⁸ Hak düşürücü kayıt ve cezaî şart kurumları arasındaki benzerlik için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.35.

¹⁷⁹ Hak düşürücü kayıt ve cezaî şart kurumları arasındaki farklar için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.36.

¹⁸⁰ Palandt, **Kommentar**, s.570; Prütting, Wegen, Weinreich, Vor Art 339, N.5; Jauernig, Art 339, N.7; Söllner, s.101; Schwerdtner, s.633.

¹⁸¹ Prütting, Wegen, Weinreich, Vor Art 339, N.5.

Bunun karşı taraf bakımından anlamı ise söz konusu durumun gerçekleşmesi halinde, kendi hakkının yerine getirilmesini talep hakkını da kaybedecek olmasıdır¹⁸².

Cezaî şart, hak düşürücü kayıt ile ıskat kaydından farklı bir kavramdır. Biraz önce de örnek olarak verildiği üzere, taksitle ödemelerde sıklıkla karşılaşılan hak düşürücü kayıtlarda, taksit zamanının geçmesi halinde eğer bu kayda sözleşmede yer verilmişse geriye kalan tüm taleplerin muaccel hale geleceği öngörülmektedir¹⁸³. Böylelikle borçlu, geriye kalan tüm taksitlerin derhal muaccel olması ile vadesinde ödeme yapmadığı için hak kaybı ile cezalandırılmaktadır. Buna karşılık sözleşmede cezaî şart kararlaştırılması halinde, taksit zamanı geçtiğinde, borçlunun ekonomik değeri haiz bir edimi genellikle alacaklıya ödemesi öngörülmektedir.

Cezaî şart ile hak düşürücü kayıt arasında korunması gereken menfaatin aynı olmasından yola çıkan kanun koyucu, TBK m.181/1’de özel bir düzenleme öngörerek, hak düşürücü kayıtlara da cezaî şarta ilişkin hükümlerin uygulanacağına açıkça yer vermiştir. Fakat TBK m.181/2’de yer alan bir hükümle, ilk fıkradaki hükmün uygulama alanı oldukça kısıtlanmıştır. Zira kanun koyucu, hak düşürücü kayıt kararlaştırılan taksitle satışa ilişkin hükümleri saklı tutmuştur. Oysa ki hak düşürücü kayıtlara uygulamada en sık rastlanan hal taksitle satışlardır. Dolayısıyla TBK m.181/1 düzenlemesi ancak taksitle satış dışında kalan, kısmi ödeme yapılan hallerle sınırlı olan hak düşürücü kayıtlara uygulanabilecektir. Bununla beraber taksitle satış dışında, bu hükmün uygulanmasını mümkün kılan işlem bulmak oldukça zordur¹⁸⁴. Kuşkusuz TBK m.181/1 uyarınca söz konusu istisna dışında kalan hak düşürücü kayıtlara, cezaî şartın aşırı bulunması halinde hâkim tarafından re’sen indirilmesine dair hüküm uygulanabilecektir.

Alman Hukuku’nda cezaî şart ile hak düşürücü kayıt arasında sadece şekli farklılıklar olmasına dayanılarak, cezaî şarta ilişkin BGB m.339’un ve hâkimin indirim yetkisine ilişkin BGB m.343’ün kavramın niteliğine uygun düştükçe uygulanabileceği

¹⁸² Prütting, Wegen, Weinreich, Vor Art 339, N.5. Türk Hukuku benzer yönde bir değerlendirme için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.35.

¹⁸³ Schellhammer, Rn.1397.

¹⁸⁴ Bu konuda ayrıca bkz. Oser, Schönerberger, Art. 162 OR, Rn.3; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.36-37; Oğuzman, Öz, s.540-541; Nomer, s.Rn.236.3.

kabul edilmektedir¹⁸⁵. Türk Hukuku'ndan farklı olarak taksitle satışa ilişkin bir istisnadan ise söz edilmemektedir. Cezaî şart ile hak düşürücü kayıt arasındaki amaçsal benzerlik dolayısıyla cezaî şart hükümlerinin uygulanmasını kabul eden yazarlardan Bötticher, cezaî şart ile hak düşürücü kayıt kavramları arasında ekonomik sonuçları bakımından da önemli bir farklılık bulunmadığına dikkat çekmektedir. Zira her ikisinde de borca aykırı davranan borçlu bir zarara uğramaktadır¹⁸⁶.

V. GEÇERLİ BİR CEZAÎ ŞART KARARLAŞTIRILMASI İÇİN ARANAN UNSURLAR

Geçerli bir cezaî şart kararlaştırılabilmesi için temel olarak üç unsurun varlığı aranmaktadır. Bunlar; hukuken geçerli bir borç ilişkisi, cezaî şart anlaşması ve vaat edilen bir cezadır¹⁸⁷. Asıl sözleşmenin ihlali ile ortaya bir zarar çıkması ise cezaî şart kararlaştırılabilmesi için aranan unsurlar arasında sayılmamaktadır¹⁸⁸.

A. Geçerli Bir Borç İlişkisi

1. Genel Olarak

Cezaî şart için aranan unsurlardan ilkinde göre, hukuken mevcut ve geçerli bir asıl borç ilişkisi ile bu ilişkiden doğan ve güvence altına alınan asıl borç veya borçların bulunması gerekir. Asıl borç ilişkisi bulunmadan, cezaî şarttan söz edilemez¹⁸⁹. Zira TBK m.179'un lafzından da anlaşıldığı üzere, cezaî şart kurumu ile amaçlanan, asıl borç ilişkisinden doğan edimlerin yerine getirilmesinin güvence altına alınmasıdır.

¹⁸⁵ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.5; Palandt, **Kommentar**, s.570; Prütting, Wegen, Weinreich, Vor Art 339, N.5 ve Art 343, Rn.12; Erman/Schaub, Art 343, Rn.7; Jauernig, Art 339, N.7; Schellhammer, Rn.1492; Söllner, ArbuR 1981, s.101.

¹⁸⁶ Bötticher, s.633-634.

¹⁸⁷ Bu unsurları kabul eden yazarlar için bkz. Santoro, s.3; Schellhammer, Rn.1485-1487. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi (belirlenen zamanda veya yerde) halinde, borcun ifasının cezaî şart talep hakkı saklı tutularak kabul edilmesi ek şart olarak sayılmaktadır. Bkz. Staudinger, Rieble, Art 339, N.2. Keser ise cezaî şartın unsurlarını, bir asıl borcun bulunması, asıl borçtan bağımsız bir edimin bulunması ve bu bağımsız borcun asıl borca bağlı bulunması ile bağımsız borcun sağlararası hukuki işlemle tespit olunması şeklinde sınıflandırmaktadır. Bkz. Keser, s.20.

¹⁸⁸ Palandt, **Kommentar**, s.572; Jauernig, Art 339, N.3; Schellhammer, Rn.1485; Tekinay vd., s.358.

¹⁸⁹ Schoch, s.13; Erman/Schaub, Art 339, Rn.3; Schellhammer, Rn.1487; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.7; Oğuzman, Öz, s.537; Tekinay vd., s.341; Keser, s.20.

Doktrinde, cezaî şartın geçerlilik zamanının, asıl sözleşmenin geçerlilik zamanı ile kesişmesi halinde, hukuken geçerli bir cezaî şartın varlığının kabul edilebileceği ifade edilmektedir¹⁹⁰. Buna karşılık diğer görüşe göre, kefaletle ilişkin TBK m.582/1'deki düzenlemeye kıyasen, cezaî şart kararlaştırıldığı anda, asıl borcun var olmasına gerek yoktur. Zira geciktirici veya bozucu şarta bağlı bir borç için de borç doğduğunda hüküm ifade etmek üzere cezaî şart kararlaştırılabilmektedir. Fakat cezaî şartın hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, asıl borcun kesin biçimde ortaya çıkması gerekmektedir. Bu ana kadar ise cezaî şartın askıda kalacağı ifade edilmektedir. Nitekim cezaî şart, fer'i niteliğe sahiptir¹⁹¹.

Asıl borcun mutlaka özel hukuk alanında imzalanan bir sözleşmeden doğması aranmamaktadır. Kamu hukuku alanında imzalanmış bir sözleşme için de cezaî şart kararlaştırılabilecektir. Buna karşılık asıl sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, kamu hukukunda geçerli olan “suç olmadan ceza olmaz” ilkesi, özel hukuk sözleşmesi olan cezaî şart anlaşmasına uygulanamayacaktır¹⁹². Öte yandan kanuni yükümlülüklerin yerine getirilmesinin güvence altına alınması amacıyla da cezaî şart kararlaştırılabilecektir¹⁹³.

2. Asıl Sözleşmenin Konusu Olabilecek Edimler

Cezaî şarta bağlanan borcun konusu, kural olarak verme, yapma veya yapmama şeklinde her türlü edim olabilir¹⁹⁴. Borcun konusu olan bir miktar paranın alacaklıya gecikmeli ödenmesi hali için cezaî şart kararlaştırılması verme borcuna; bir inşaatın kararlaştırılan zamanda teslim edilmemesi hali için cezaî şart kararlaştırılması yapma borcuna; iş sözleşmelerinde yer verilen rekabet etmeme borcunun ihlal edilmesi hali için cezaî şart kararlaştırılması ise yapmama borcuna örnek oluşturmaktadır. Bununla birlikte bir kurulda belirli bir doğrultuda oy kullanma veya

¹⁹⁰ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.17; Reck, s.99.

¹⁹¹ Bentele, s.27; Bilge, s.50; Kocaağa, s.65-66; Keser, s.20.

¹⁹² Erman/Schaub, Vor Art 339-345, Rn.10. Benzer yönde bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.4.

¹⁹³ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.17.

¹⁹⁴ Von Tuhr, Escher, s.278; Bentele, s.30; Schoch, s.15; Tekinay vd., s.343; Oğuzman, Öz, s.538.

bir hususta karşı tarafı aydınlatma gibi, sadece bir irade beyanında veya açıklamada bulunma borçları için de cezaî şart kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir¹⁹⁵.

TBK m.179'un (OR m.160) lafzından, sanki sadece sözleşmeden doğan yükümlülükler için cezaî şart kararlaştırılabileceği; haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve benzeri kanundan doğan yükümlülüklerin bu kapsama girmediği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Nitekim uygulamada, cezaî şart ile genellikle sözleşmeden doğan borca aykırılık hallerinde karşılaşılmaktadır. Fakat doktrinde hâkim görüşe göre, sözleşme dışında kalan hukuki işlemlerden doğan borçların da cezaî şart kararlaştırılarak güvence altına alınabileceği isabetli olarak kabul edilmektedir¹⁹⁶.

Asıl sözleşmeden doğan borcun ekonomik değere sahip olması gerekip gerekmediği konusu üzerinde de durulması gerekmektedir. Doktrinde ekonomik değere sahip olmayan asıl borç için cezaî şart kararlaştırılabileceği ifade

¹⁹⁵ Bu örnekler için bkz. Oğuzman, Öz, s.538; Hatemi, Gökyayla, s.376; Ekinci, s.35.

¹⁹⁶ Becker, Art 160 OR, N.3; Schoch, s.13; Von Tuhr, Escher, s.278; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.10-11; Bilge, s.60 vd.; Eren, s.1210; Hatemi, Gökyayla, s.376; Buz, s.7; Baycık, **Cezai Şart**, s.2; Ekinci, s.32; Kocağa, s.73-74, Akkayan Yıldırım, s.362-363. Sözleşme dışındaki hukuki kaynaklardan doğan borcun cezaî şart ile güvence altına alınamayacağı, zira sözleşme ile diğer borç doğuran hukuki kaynaklar arasında muacceliyet şartları, ispat veya zamanaşımı konularında farklılıklar olduğu yönünde aksi görüş için bkz. Roger Secretan, **Étude sur la clause pénale en droit suisse**, thèse Lausanne 1917, s.65 vd..

Kanundan doğan borcun cezaî şart ile güvence altına alınması halinde, hukuki niteliğinin değişip değişmeyeceği noktasında, doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, kanundan doğan bir yükümlülüğe dair cezaî şart kararlaştırılması halinde, bu borcun niteliği değişerek sözleşmeden doğan borç haline dönüşmeyecektir. Borç, hukuki niteliğini koruyacaktır. Bu görüş için bkz. Oser, Schönenberger, Vorb. zu Art 160-163, N.9; Bilge, s.62; Kocağa, s.74-75. Bu görüşe karşılık ise kanundan doğan borcun cezaî şart ile güvence altına alınması halinde, hukuki niteliğinin değişeceği ve artık sözleşme sorumluluğuna geçileceği savunulmaktadır. Zira böyle bir kararlaştırmanın temelinde, ifa vaadi içeren sözleşmenin bulunmasının şart olduğu belirtilmektedir. Buna göre kanundan doğan borç, bir sözleşme ile yeniden taahhüt edilir ve taahhüt edilen borç için cezaî şart kararlaştırılabilir. Bu görüş için bkz. Schoch, s.13-14; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.10-11. Fakat bu görüşteki bir yazara göre, sözleşme ile beraber yeni bir borç da ortaya çıkmamaktadır. Zira kanundan doğan borcun içeriği ile cezaî şart kararlaştırılan asıl sözleşmenin içeriği örtüşmektedir. Kanundan doğan borç, sadece sözleşmesel şekilde tekrar edilmektedir. Bu doğrultuda bkz. Schoch, s.13-14. Bir yazar ise hem bahsi geçen son görüşte olduğu gibi hem de kanundan doğan borcun doğrudan cezaî şart ile güvence altına alınabileceğini savunmaktadır. Bu görüş için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.10-12. Sözleşme dışındaki hukuki kaynaklardan doğan borcun cezaî şart ile güvence altına alınması halinde, kanaatimizin borcun hukuki niteliğinin değişmesine gerek olmadığı görüşü yönünde olduğunu ifade etmek isteriz. Zira kanunda sadece sözleşmeden doğan borçtan bahsedilse de diğer hukuki kaynaklardan doğan borçlar bakımından böyle bir ayrıma gidilmesinin kayda değer bir açıklaması yoktur. Keza önemli olan hangi kaynaktan doğarsa doğsun geçerli bir borcun varlığıdır. Geçerli borcu doğuran hukuki kaynakların arasındaki muacceliyet, ispat veya zamanaşımı gibi konularda mevcut farklılıkların da cezaî şart ile ilgisi yoktur. Nitekim cezaî şart, fer'i niteliktedir ve asıl sözleşmeden doğan borcun akıbetine tâbidir. Kuşkusuz asıl borca, kendi doğduğu hukuki kaynağa ait kurallar uygulanmalıdır.

edilmektedir¹⁹⁷. Buna karşılık ailevi ve mirasa dair yükümlülükler ile sosyal ilişkiler cezaî şart konusu yapılamayacaktır¹⁹⁸. İsviçre doktrinde de cezaî şart ile güvence altına alınan asıl borcun, mutlaka bir ekonomik değere sahip olması gerekip gerekmeyeceği konusu ele alınmıştır. Schoch'a göre, cezaî şartın zararın tazmini amacının yanı sıra ceza amacı da olduğu dikkate alındığında, manevi değere sahip yükümlülüklerin yerine getirilmesinin cezaî şart ile güvence altına alınmasında bir sakınca yoktur¹⁹⁹.

Hukukumuzda cezaî şart ile güvence altına alınacak asıl borcun konusunun para borcu olması haline yönelik olarak esasen geçmişte kalan bir tartışma da mevcuttur. Yargıtay'ın eski tarihli bazı kararlarında, asıl sözleşmeden doğan para borçları için cezaî şart kararlaştırılamayacağı görüşüne yer verilmişti. Gerekçe olarak ise para borçlarında, ifada gecikme yaşanmasına yönelik zaten kanunda temerrüt faizi düzenlendiği gösterilmekteydi. Bu nedenle temerrüt faizi ile beraber veya tek başına cezaî şart talep edilmesinin kanunun sistematigine uygun düşmediği, aksi kabul halinde cezaî şart suretinde aşırı miktarlarda faizlerle karşılaşılabilceği ileri sürülmüştü. Bu nedenle para borcu için kararlaştırılan cezaî şart, temerrüt faizini geçtiği oranda kesin hükümsüz sayılmıştı²⁰⁰. Doktrinde ise bu kararlar, kanunda temerrüt faizi için herhangi bir üst sınırlama olmadığından, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği para borçları için de cezaî şart kararlaştırılabileceği gerekçesiyle isabetli olarak eleştirilmiştir. Ancak bu halde, aksine bir kararlaştırma olmadıkça, ayrıca temerrüt faizi istenemeyeceği de belirtilmiştir²⁰¹. Yargıtay da doktrindeki eleştirileri dikkate alarak, son dönemde verdiği kararlar ile kural olarak para borçları için de cezaî şart kararlaştırılabileceği, hatta cezaî şartın yanı sıra temerrüt faizi ödenmesinin de öngörülebileceği yönünde içtihat değişikliğine gitmiştir²⁰².

¹⁹⁷ Saymen, Elbir, s.554; Hatemi, Gökyayla, s.377; Ekinci, s.34.

¹⁹⁸ Bu yönde bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.18; Saymen, Elbir, s.554.

¹⁹⁹ Schoch, s.15-16. Ayrıca bkz. Becker, Art 160 OR, N.9.

²⁰⁰ Y.4HD., T.7.12.1965, E.1965/964, K.1965/9146. Yargıtay'ın aksi yönde 1960 tarihli bir kararı için bkz. Y.4.HD., T.22.02.1960, E.1959/3257, K.1960/2107, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 24.11.2017. Yargıtay'ın 1965 yılında da benzer yönde sonuca bağladığı kararları vardır. Bkz. Y.4.HD., T.15.11.1965, E.1965/6592, K.1965/5919, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 24.11.2017.

²⁰¹ Karahasan, s.469 vd.; Bilge, s.64; Oğuzman, Öz, s.538-539; Tekinay vd., s. 344; Ekinci, s.40. Karş. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.68. Ayrıca bkz. Eren, s.1210.

²⁰² Y.13.HD, T.18.04.1996, K.1995/3746, K.1996/3964, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 24.11.2017. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin bir başka kararında cezaî şart olarak sözleşmede yer alan oranın

Asıl sözleşmenin, sürekli borç doğuran sözleşme niteliğine sahip olması hali de ayrıca ele alınmayı gerektirmektedir. Zira sürekli borç doğuran sözleşmelerde, sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının cezaî şart ile sınırlandırılması konusu tartışmalıdır. Örneğin Alman Hukuku'nda şirket ortaklarına ilişkin olarak BGB m.723/3'de açıkça fesih hakkının sınırlandırılmayacağına yer verilmesi dolayısıyla, bu kapsama cezaî şartın da gireceği; yani bu halde cezaî şart kararlaştırılmayacağı kabul edilmektedir. Yine aynı hukuk düzeninde, sürekli borç doğuran sözleşme bulunması halinde, haklı nedenle fesih hakkının cezaî şart anlaşması yapılarak sınırlandırılmayacağı belirtilmektedir²⁰³. Nitekim iş sözleşmesinin de sürekli borç doğuran niteliği haiz olması nedeniyle işçinin, olağan fesih hakkı (BGB m.622) cezaî şart kararlaştırılmayacak konulardan kabul edilmektedir²⁰⁴. Hukukumuz bakımından da sürekli borç doğuran sözleşme niteliğine sahip iş sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik cezaî şart kararlaştırılması, diğer sözleşmelere nazaran özellik göstermektedir. Bu konu üzerinde ileride ayrıca durulacaktır²⁰⁵.

3. Asıl Sözleşmenin Hukuken Geçerli Olması

Cezaî şart kararlaştırılabilmesi için taraflar arasında bir asıl sözleşmenin bulunması da yeterli değildir. Hukuken geçerli bir asıl sözleşmenin varlığı aranmaktadır. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nda, cezaî şart ile güvence altına alınan asıl borcun hukuken geçerli olması hususu açıkça yer almasa da hem geçersiz bir borcun ifasının borçludan beklenmesi anlamsız olacak hem de cezaî şartın fer'i

temerrüt faizi niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Buna göre "...Taraflar arasında imzalanan Müşavirlik Protokolünde temerrüt halinde alacağı uygulanması kararlaştırılan günlük %10 gibi fahiş cezaî şartın yasal düzenleme ve ilkelere aykırı olduğunun kabulü zorunludur. Ancak somut olayda uyumsuzluk konusu cezaî şart bir yerde temerrüt faizine ilişkindir. Tarafların sözleşme ile, yasal düzenlemelerin üzerinde temerrüt faiz oranı belirlemelerinde ise bir sakınca yoktur. Yeter ki, bu düzenleme BK.'nın 19 ve 20 maddelerinde belirtilen sınırlamalar içinde kalmasına özen gösterilmiş olsun, bir başka anlatım ile taraflar makul seviyelerde olmak kaydıyla, yasal düzenlemelerle açıklanan oranların üzerinde temerrüt faizi kararlaştırılabilirler. Davalı taraf daha sözleşme kurulurken günlük %10 gibi bir cezaî şart niteliğinde temerrüt faizini kabul etmiş ise artık, kendisinden yasa gereği istenebilecek oranın üzerinde temerrüt faizi ödemeyi kabul etmiş sayılmalıdır...". Bu karar için bkz. Y.13.HD., T.17.02.2003, E.2002/14711, K.2003/1355, www.kazanci.com.tr, 24.11.2017.

²⁰³ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.21.

²⁰⁴ Bu konuda bkz. 2. Bölüm, I, D, 1.

²⁰⁵ Türk Hukuku'nda iş sözleşmesini fesih hakkına yönelik cezaî şartın geçerliliği hakkında bkz. 2.Bölüm, I, D.

niteliği gereği asıl sözleşme geçersiz ise cezaî şartın da geçersiz olacağı sonucu ortaya çıkacaktır²⁰⁶.

Türk Borçlar Kanunu m.27, sözleşmeler bakımından geçersizliği düzenleyen genel hükümdür. Öte yandan sözleşmelerin geçersizliğini düzenleyen başka hükümler de vardır. Özellikle cezaî şarta ilişkin geçersizliği düzenleyen TBK m.182/2, asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığı konusunda dikkate alınması gereken önemli bir hükümdür²⁰⁷.

Türk Borçlar Kanunu m.27/2 uyarınca, asıl sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık içermesi, konusu imkânsız olan sözleşme imzalanması, sözleşmenin muvazaalı olması, 30-37. maddeler gereği taraf iradesinde sakatlık olması, 12. maddeye göre şekil eksikliği ve benzeri nedenlerle kesin hükümsüz olması halinde, cezaî şart da geçersiz olacaktır²⁰⁸. Yine ek olarak TBK m.136-137 ve m.182/2 uyarınca, borçlunun kusuru olmadan, asıl sözleşmeden doğan borcun ifasının imkânsızlaşması halinde, borçlunun cezaî şart ödeme borcunun ortadan kalkacağı ifade edilmelidir²⁰⁹. Kısacası asıl sözleşmeden doğan borcun herhangi bir nedenle geçersiz olması, aralarında asli-fer'i nitelikte ilişki bulunan cezaî şartın da geçersiz olmasına yol açacaktır.

Asıl borcun iptal edilebilir olduğu hallerde²¹⁰, kanuni sürelerle uyulmak şartıyla iradesi sakatlanan taraf, asıl sözleşme ile bağlı olmadığını bildirirse, cezaî şart da geçerli olmayacaktır²¹¹.

²⁰⁶ Von Tuhr, Escher, s.279; Oğuzman, Öz, s.541; Tekinay vd., s.359; Eren, s.1211; Kocaağa, s.75-76.

²⁰⁷ TBK m.182/2'de "*asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise...cezanın ifası istenemez*" ifadesine yer vermek suretiyle, asıl borcun geçersizliğinin, cezaî şartı da kesin hükümsüz kılacağı belirtilmiştir. Fakat bu hükümde tek tek geçersizlik halleri sayılmamış olup, genel bir ifadeye yer verilmiştir. Nitekim geçersizlik hallerinin tek tek sayılmaması da yerindedir. Böylelikle bir yandan her türlü geçersizliğin kapsama dâhil olduğu ortaya konulmuştur; diğer yandan ise sözleşmeler için geçersizliği düzenleyen TBK m.27 ve diğer hükümlerin burada da uygulama alanı bulacağına dikkat çekilmiştir.

²⁰⁸ Von Tuhr, Escher, s.279; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.81-84; Bilge, s.67-68; Oğuzman, Öz, s.541; Reck, s.99; Schellhammer, Rn.1487; Guhl, Merz, Druey, s.553; Eren, s.1210-1211; Keser, s.20. Ayrıca cezaî şartın fer'i niteliği için bkz. 1. Bölüm, VI, B.

²⁰⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.82-83; Oğuzman, Öz, s.541; Tekinay vd., s.359. Ayrıca bkz. Oser, Schönerberger, Art 163 OR, N.2; Gauch, Schluep, Rey, Rn.4036.

²¹⁰ Asıl borcun iptal edilebilir olmasına örnek olarak, TBK m.30-37 arasındaki düzenlemeler uyarınca irade sakatlığı bulunması hali ile TBK m.28 uyarınca aşırı yararlanma hali verilebilir.

²¹¹ Bilindiği üzere geçersizlik yaptırımının bir diğer şekli olan "*iptal*" bozucu yenilik doğuran bir haktır. İptal hakkı, geçerli olarak kurulmuş ve kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuran bir sözleşmenin, iptal hakkına sahip olan tarafça geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırılmasını sağlar. Bu

B. Cezaî Şart Anlaşması

1. Genel Olarak

Cezaî şart anlaşması ile taraflardan biri diğerine karşı, asıl sözleşmeyi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi hali için cezaî şart ödemekle yükümlendirilmektedir. Cezaî şart anlaşmasının tanımı, İsviçre doktrininde bazı yazarlarca şu şekilde yapılmaktadır: *“cezaî şart anlaşması, sözleşmenin tamamen ya da kısmen ihlal edilmesi hali için karşı tarafa bir edim vaat edilen ve iki taraf arasında yapılan bir anlaşmadır”*²¹². Türk Hukuku’nda ise cezaî şart anlaşması, cezaî şartı doğuran hukuki işlem olarak tanımlanmaktadır²¹³. Bu tanımdan çıkan sonuç, cezaî şartın ancak tarafların aralarında yapacakları bir anlaşma ile kararlaştırılabileceğidir. Dolayısıyla cezaî şartın kaynağı kanun değildir; tarafların serbest iradesine dayanmalıdır²¹⁴.

Cezaî şart, her sözleşmede kendiliğinden bulunması gereken bir hukuki kavram değildir. Cezaî şart anlaşması, şirket sözleşmesi gibi çok taraflı anlaşmalar ile tek taraflı hukuki işlemler istisna olmak üzere, her sözleşmede olduğu gibi iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile ortaya çıkan bir hukuki ilişkidir²¹⁵. Bu

konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Von Tuhr (Çev.Edege), s.226-228; Kenan Tunçomağ, **Türk İş Hukuku: Genel Kavramlar, Hizmet Sözleşmesi, Rekabet Yasası Sözleşmesi**, C.1, 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975, s.180; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 16. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.178-179; Tekinay vd., s.382; Eren, s.361-362; Hatemi, Gökyayla, s.102-103. Bu nedenle iradesi sakatlanan kimse, kanunda belirlenen süre içinde iradesini açıklayıncaya kadar hem asıl sözleşmeden doğan borç hem de cezaî şart geçerliliğini koruyacaktır (*askıda geçerlilik*). Bu konuda bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.83-84; Eren, s.361; Kocaağa, s.83-84. Aksi görüşteki Nomer, irade bozukluğu ve aşırı yararlanma halinde sözleşmenin baştan itibaren her iki taraf için de hüküm doğurmadığını; fakat sözleşmenin akıbetinin askıda olduğunu savunmaktadır. Dolayısıyla iptal hakkına sahip olan taraf, kanundaki süre içinde sözleşmeyi iptal ederek, baştan itibaren mevcut olan hükümsüzlüğü kesin hale getirebilecektir; aksi halde sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelir (*düzelebilir hükümsüzlük*). Bu görüş için bkz. Nomer, Rn.44.1. İptal yaptırımının doktrinde, irade bozuklukları için düzelebilir hükümsüzlük, aşırı yararlanma için bozulabilir geçerlilik olarak sınıflandırılması hakkında bkz. Oğuzman, Öz, I, s.178-179; Tekinay vd., s.382.

²¹² Bu tanım için bkz. Petitjean, s.4; Bentele, s.7. Alman Hukuku’nda benzer tanım için bkz. Schellhammer, Rn.1486.

²¹³ Eren, s.1209; Hatemi, Gökyayla, s.376.

²¹⁴ Hatemi, Gökyayla, s.376. Bkz. Y.HGK, T.17.02.1971, E.1970/1505, K.1971/85.

²¹⁵ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.4; Palandt, **Kommentar**, s.571; Prütting, Wegen, Weinreich, Vor Art 339, N.9; Bentele, s.7; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.59; Bilge, s.49; Kocaağa, s.103-104. Şirket ana sözleşmesi veya dernek tüzüklerinde de cezaî şarta sıklıkla yer verildiği görülmektedir. Dernek tüzüğünde yer alan cezaî şarta dernek cezası denilmesi ve hukuki niteliği hakkında tereddütler olmasına rağmen, bu cezalara da cezaî şartla ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Von Tuhr, Escher, s.278; Schoch, s.92; Becker, Art 160 OR, N.1-2; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.60; Bilge, s.49; Eren, s.1210. Tek taraflı hukuki işlemle cezaî şart öngörülmesi ise doktrinde tartışmalıdır. Bu yolla cezaî şart

anlaşmada, cezaî şartın türü ve miktarı ile cezaî şartın ödenmesini gerektirecek borca aykırılığın yer alması, sözleşmenin cezaî şart anlaşması olarak nitelendirilebilmesi için var olması gereken objektif unsurlardır²¹⁶. Sözleşmede sadece cezaî şart kararlaştırıldığıнын ifade edilmesi yeterli değildir. Söz konusu unsurların ya sözleşmede açıkça var olması ya da en azından varlığının yorum yoluyla anlaşılması gerekmektedir²¹⁷. Kuşkusuz taraflar, sözleşmede yer almasını istedikleri subjektif unsurları da düzenleyebilirler.

Kısacası cezaî şart anlaşması, genel hükümlere göre bir sözleşmenin tâbi olduğu kurallara dayalı olarak kararlaştırılabilmektedir. Dolayısıyla tarafların, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları mevcut değilse, cezaî şart anlaşmasından da söz edilemeyecektir²¹⁸. Ayrıca belirtilmelidir ki cezaî şart, ölüme bağlı tasarruflarda kararlaştırılamaz. Cezaî şart, sağlararası hukuki işlemlerde ve sonucunu hayatta doğuran sözleşmelerde kararlaştırılabilir²¹⁹.

2. Cezaî Şart Anlaşmasının Tarafları

a. Genel Olarak

Cezaî şart anlaşmasının tarafları, genellikle asıl sözleşmenin tarafları ile aynıdır. Zira hukukumuzda, borç ilişkisi kimler arasında kurulmuşsa, kural olarak

kararlaştırılabileceğini kabul eden yazarlar için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.61; Eren, s.1210. Tek taraflı hukuki işlemle cezaî şart öngörülemediğini ileri süren yazar için bkz. Secretan, s.73. Belirtilmelidir ki hukukumuzda tek taraflı işlemle üçüncü bir kişi borç altına sokulamaz. Kanunda öngörülen hallerde ise bir kişi tek taraflı hukuki işlem ile kendisini borç altına sokabilecektir. TBK m.9'da yer alan ilan yoluyla ödül sözü verilmesi tek taraflı hukuki işlem olup, bu yolla cezaî şart öngörülmesi de kabul edilmektedir. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.61; Bilge, s.45-47; Ekinci, s.55.

²¹⁶ Cezaî şart anlaşmasının var olması için aranan unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.7; Palandt, **Kommentar**, s.571; Bentele, s.33-34; Jauernig, Art 339, N.16; Schellhammer, Rn.1486.

²¹⁷ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.7.

²¹⁸ Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Heinz Rey, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Band I, 7.Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998, Rn.1576-1578; Schöbi, s.27; Bentele, s.35.

²¹⁹ Becker, Art 160 OR, N.1; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.61; Bilge, s.47-48; Eren, s.1210; Hatemi, Gökyayla, s.380. Arsebük ise ölüme bağlı tasarruf olan vasiyetname ile cezaî şart kararlaştırılabileceğini görüşündedir. Bkz. Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku**, C.I-II, 3. bs., Ankara, Güney Matbaacılık, 1950, s.980. Mal vasiyetinde mirasbırakanın, vasiyet borçlusuna borcunu ifa etmemesi hali için vasiyetnamede öngördüğü cezanın, gerçek anlamda cezaî şart kabul edilemeyeceği; böyle bir cezanın geçerli kabul edilmesi halinde Miras Hukuku'na ilişkin Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulama alanına gireceği yönündeki eleştiri için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.61; Bilge, s.48.

onlar arasında hüküm doğurur. Buna borç ilişkisinin nispiyeti ilkesi denir²²⁰. Cezaî şart anlaşmasını, asıl sözleşmenin tarafları bizzat imzalayabileceği gibi, temsil yetkisinin kapsamı çerçevesinde yetkili temsilcileri de imzalayabilir²²¹.

Asıl sözleşmenin alacaklı ve borçlu tarafında, aralarındaki ilişkinin farklı nedenlere dayandığı birden çok kişi bulunabilecektir. Böyle bir halde cezaî şart bakımından da birden çok borçlu veya alacaklı ortaya çıkmaktadır²²². Bu gibi haller için kanunda özel hüküm yer almadığından, devreye genel hükümler girmektedir. Cezaî şart anlaşmasının borçlu tarafında, sadece asıl borcun borçlusu bulunabilecektir. Buna karşılık halefiyet halleri saklı tutulmuştur. Örneğin mirasçılık, borcun üstlenilmesi, işletme devri gibi nedenlere dayalı halefiyet hallerinde cezaî şart anlaşmasının borçlusu da değişmektedir²²³. Cezaî şartın borçlu tarafında birden fazla kişi bulunması, kanun veya sözleşmeler aracılığı ile mümkün olabilmektedir²²⁴. Aynı husus sözleşmenin alacaklı tarafı için de geçerlidir²²⁵.

²²⁰ Oğuzman, Öz, s.441; Nomer, Rn.9 vd..

²²¹ Bentele, s.36; Schoch, s.23; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.59.

²²² Schoch, s.53-54; Bentele, s.35.

²²³ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.16; Palandt, s.571-572; Staudiger, Art 339, Rn.427.

²²⁴ Erman/Schaub, Art 339, Rn.2. İsviçre Hukuku'nda birden çok borçlunun tek bir edimi yüklediği ihtimaller ayrı ayrı incelenmektedir. Alacaklının birden çok borçlunun her birini tek bir borcun ifası için yükümlendirdiği, buna rağmen sadece bir kere borcun ifasını talep edebileceği hal ilk olarak ele alınmaktadır. Bu hal bakımından alacaklı, cezaî şartın muaccel olması halinde her bir borçludan, cezaî şartın tamamını veya bir kısmını talep edebilecektir. Her bir borçlu, cezaî şartın tamamı yerine getirilene kadar borçlu kalmayı sürdürecektir. Cezaî şartın borçlu tarafında birden çok kişinin bulunduğu diğer bir halde ise birden çok borçlu bölünemeyen bir edimin yükümlüsüdür. Böyle bir edim cezaî şart ile güvence altına alınmışsa, borcun yerine getirilmemesi ile beraber her bir borçlu için cezaî şart muaccel olmaktadır. Bu durumda ne kadar asıl borç varsa, o kadar cezaî şart borcu olduğu ifade edilmektedir. Borçlunun birden çok olduğu son hal ise bölünebilen bir edimin her bir parçası için yükümlülük altına girilmesidir. Eğer bir borçlu, salt kendi edimini değil de tüm edimi yerine getirirse tüm borçlular borcundan kurtulmaktadır. Kuşkusuz rücu hakkı saklıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Schoch, s.54-55. Alman Hukuku'nda cezaî şartın, üçüncü kişinin davranışına bağlanabileceği de kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Palandt, **Kommentar**, s.570.

²²⁵ Sözleşmenin alacaklı tarafında birden fazla kişinin bulunduğu ilk hal olarak akla, her bir alacaklının, borçludan tüm edimi talep etme hakkı olduğu haller gelmektedir. Bu durumda cezaî şartın muaccel olması halinde cezaî şartın tamamını da talep edebileceklerdir. Alacaklılardan birinin tatmin edilmesi halinde borçlu, borcundan kurtulacaktır. Diğer alacaklılarının ise edimi elde eden alacaklıya karşı rücu hakkı mevcuttur. İkinci hal olarak ise asıl sözleşmenin ve cezaî şartın sadece farklı alacaklıların bir arada talepte bulunmalarına bağlanması gösterilebilir. Alacaklıların uzun süre talepte bulunmaması halinde borçlunun, hangi alacaklıya ifada bulunacağına yönelik seçim hakkı doğacaktır. Ayrıca tek bir alacaklının diğerleri adına edimi talep etme hakkı da kararlaştırılabilmektedir. Son bir hal olarak ise İsviçre doktrininde, her bir alacaklının edimin sadece bir kısmını talep etme hakkı olması gösterilmektedir. Bu durumda asıl borç ifa edilmezse, cezaî şart talep hakkı da kendisine düşen kısım kadar olacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Schoch, s.55.

Yukarıda da belirtildiği üzere genel kural cezaî şart anlaşmasının tarafları ile asıl sözleşmenin taraflarının aynı olmasıdır. Bununla birlikte cezaî şartın alacaklısının veya cezaî şart borçlusunun üçüncü bir kişi olup olamayacağı konusu üzerinde ayrı ayrı durulması önemi haizdir.

b. Cezaî Şartın İfa Edileceği Kişinin Üçüncü Kişi Olması

Türk ve İsviçre doktrinde, cezaî şartın üçüncü kişi yararına kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir²²⁶. Bu durumda, sadece cezaî şartın ifa edileceği kişi değişmektedir. Böylelikle borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, muaccel olan cezaî şart alacaklıya değil, sözleşmede lehdar olarak belirlenen üçüncü kişiye ödenecektir²²⁷.

Üçüncü kişi yararına sözleşme, TBK m.129'da düzenlenmektedir. Borç ilişkisinin nispiyeti ilkesinin bir istisnası olan bu sözleşmeyi kısaca tanımlarsak; herhangi bir borç ilişkisinde edimlerden birinin veya birkaçının, taraflarca üçüncü kişiye ifasının kararlaştırılmasına üçüncü kişi yararına sözleşme denilmektedir²²⁸. Bu sözleşme, alacaklı (*vaat ettiren*) ile borçlu (*vaat eden*) arasında yapılmaktadır. Bununla birlikte üçüncü kişi bu sözleşmenin tarafı değil, sözleşmeden doğan alaktan yararlanan kişi olarak lehdar konumundadır. Dolayısıyla sadece hak sahibi kılınabilecektir. Buna karşılık üçüncü kişi zararına sözleşme yasağı ilkesi gereği, borç altına sokulamayacaktır. Üçüncü kişinin, borçludan edimin ifasını talep etme hakkı bulunması halinde, gerçek üçüncü kişi yararına sözleşme (TBK m.129/1); ifa talep

²²⁶ Oser, Schöenberger, Vor. zu Art. 160-163 OR, Rn.7; MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.1; Von Tuhr, Escher, s.280; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.63.

²²⁷ Oser, Schöenberger, Vor. zu Art. 160-163 OR, Rn.7; MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.1; Erman/Schaub, Art 339, Rn.1; Jauernig, Art 339, N.17; Von Tuhr, Escher, s.280; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.63. Tipik bir örnek olarak, bir dernek (örneğin yoksullar yararına faaliyet gösteren dernek-Armenkasse) yararına cezaî şartın ödenmesinin kararlaştırılabileceği gösterilmektedir. Bkz. Von Tuhr, Escher, s.280. Bir başka örnek olarak ise bir işletmenin, çevrenin korunmasına ilişkin bir derneğe belirli emisyonların sınırlandırılmasına yönelik cezaî şart ödemeyi vaat etmesi gösterilmektedir. Bkz. Staudinder, Vor Art 339, N.12.

²²⁸ Becker, Art 112 OR, N.1; Keller, Schöbi, s.212; Tekinay vd., s.218; Eren, s.1169; Şener Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s.10.

etme hakkı bulunmaması halinde gerçek olmayan üçüncü kişi yararına sözleşme (TBK m.129/2) ortaya çıkmaktadır²²⁹.

Konumuz çerçevesinde, cezaî şart kararlaştırılmasında üçüncü kişinin rolünün alacaklı bağlamında ele alınması, üçüncü kişi yararına sözleşme hükümlerinin uygulanmasını gerektirmektedir. Borçlunun, borcunu yerine getirmemesi halinde cezaî şartın alacaklıya değil, üçüncü kişiye ödenmesinin vaat edilmesi üçüncü kişi yararına sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır²³⁰. Bu sözleşme de cezaî şart anlaşmasının amacına ve karakterine sahiptir. Zira yine asıl borcun yerine getirilmesini güvence altına almayı; yani borçluyu ifaya zorlamayı amaçladığından fer'i niteliktedir²³¹.

Üçüncü kişinin bizzat cezaî şartın ifasını talep hakkı olup olmadığı ise sözleşmenin yorumu ile çözümlenebilecek bir sorundur²³². TBK m.129/2'ye göre, tarafların amacı ile örf ve âdete uygun düştüğü takdirde, üçüncü kişinin de ifayı talep hakkı olacağı belirtilmiştir. Bu halde sözleşmenin geçerliliği için üçüncü kişi yararına sözleşmeyi düzenleyen genel hüküm olan TBK m.129'daki (OR m.112) gerçek ve gerçek olmayan üçüncü kişi yararına sözleşmeye dair kurallar, cezaî şart anlaşmasının üçüncü kişi yararına yapılması halinde de uygulama alanı bulacaktır²³³.

²²⁹ Üçüncü kişi yararına sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Becker, Art 112 OR, N.1; Keller, Schöbi, s.212; Bucher, s.476; Von Tuhr (Çev.Edege), s.715 vd.; Oğuzman, Öz, s.441 vd.; Tekinay vd., s.218 vd.; Eren, s.1169 vd.; Akyol, s.10 vd.; Nomer, Rn.217 vd.; Hatemi, Gökyayla, s.307 vd..

²³⁰ Oser, Schönerberger, Vor. zu Art. 160-163 OR, Rn.7; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.63. İsviçre'de ileri sürülen bir görüşe göre, borçlunun, alacaklı dışında üçüncü kişiye, alacaklıya olan borcunu yerine getirmemesi halinde cezaî şart ödemeyi vaat etmesi, gerçek olmayan cezaî şarttır. Ahlaka aykırı nitelik taşımadıkça geçerli sayılan bu sözleşme, cezaî şart kavramı içinde sayılmamaktadır. Bkz. Schoch, s.29.

²³¹ Schoch, s.28-29. Ayrıca bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.63. Buna karşılık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, somut uyuşmazlıktaki sözleşme hükmünü üçüncü kişi yararına sözleşme kabul etmesine rağmen, kanaatimizce isabetli bir gerekçe ileri sürmeksizin, bu düzenlemenin cezaî şart kabul edilemeyeceğine, ek tazminat olarak görülmesi gerektiğine oy çokluğu ile karar vermiştir: “...somut olay değerlendirildiğinde, devredilen işyerinde çalışan işçilerin istihdamının sürekliliğini sağlamak amacıyla davalılar arasında yapılan protokolde yer alan, iş yeri devir işlemi tamamlandıktan itibaren 12 ay içinde, iş sözleşmesi devam eden işçilerin sözleşmelerinin, işyerini devralan şirket tarafından feshedilmesi halinde, çalışılan ay sayısı on ikiden çıkarılarak kalan ay ücretlerinin işçilere ödeneceği yönündeki işçinin tarafı olmadığı iş yen devir sözleşmesine ek protokolle yapılan düzenlemenin, iş sözleşmesiyle kararlaştırılmış bir cezaî şart olarak kabulü mümkün değildir. Bu sebeple söz konusu düzenlemenin, devir sözleşmesinin tarafları olan davalıların üçüncü kişi olan işçiler yararına kararlaştırdıkları ek bir tazminat niteliğinde olduğu kabul edilmelidir...”. Bu karar için bkz. Y.HGK., T.24.12.2014, E. 2014/22-624, K. 2014/1077, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 28.10.2018.

²³² MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.9; Erman/Schaub, Art 339, Rn.1.

²³³ Von Tuhr (Çev. Edege), s.716 vd.; Oğuzman, Öz, s.449 vd.; Tekinay vd., s.219-221; Akyol, s.11 vd.; Nomer, Rn.217.3-4; Eren, s.1172 vd.; Hatemi, Gökyayla, s.311-312.

c. Cezaî Şartın Borçlusunun Üçüncü Kişi Olması

Asıl sözleşmenin borçlu tarafından ifa edilmemesi halinde, üçüncü kişinin alacaklıya cezaî şart ödemeyi vaat etmesinin mümkün olup olmadığı, doktrinde üzerinde durulan önemli bir konudur.

Bir görüşe göre, bu durumda gerçek bir cezaî şarttan söz edilemeyecektir. Öte yandan bu halde, TBK m.128'de (OR m.111) düzenlenen “üçüncü kişinin fiilini üstlenme” kurumu ortaya çıkmaktadır²³⁴.

Başka bir görüşe göre ise cezaî şart borçlusunun, sözleşmenin tarafı dışında üçüncü kişi olarak belirlenebileceği kabul edilmektedir. Fakat asıl borcun borçlusu, cezaî şart anlaşmasında taraf dahi olmadığından, ortada bir cezaî şart değil, şarta bağlı bir borç olduğu savunulmaktadır²³⁵.

Diğer bir görüşe göre ise asıl sözleşmenin borçlusu dışında, üçüncü kişinin cezaî şartın borçlusu olarak kararlaştırılması hali, atipik bir cezaî şart anlaşmasıdır. Fakat garanti sözleşmesi ile benzerlikler içerdiğinden, somut olayda hangi ilişki bulunduğu konusunda nitelendirme yapılması zorluk yaratabilecektir. Dolayısıyla bu görüşe göre, taahhüt edilen edimin kapsamı, ortaya çıkacak zararın miktarı ile sınırlandırılmamış ise atipik bir cezaî şart anlaşması olduğu kabul edilmelidir²³⁶.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme, bir sözleşmede borçlunun, üçüncü kişinin belirli bir davranışta bulunacağını ve bu gerçekleşmediği takdirde, alacaklının uğradığı zararını gidereceğini alacaklıya taahhüt etmesidir²³⁷. Sözleşmenin tarafları ise üçüncü

²³⁴ Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi, garanti sözleşmesinin özel bir türü olarak kabul edilmektedir. Bu görüş için bkz. Becker, Art 111 OR, N.2; Tekinay vd., s.228-229; Oğuzman, Öz, s.417-418; Eren, s.1181; Hatemi, Gökyayla, s.317; Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, Murat Develioğlu, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu * Yürürlük Kanunu: Genel Hükümler**, C.I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.975. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin tam olarak garanti sözleşmesi olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. Oser, Schönnenberger, Art 492, N.55; Arsebük, s.930-931. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmesi birbirinden farklıdır. Fakat garanti sözleşmesi kanunda özel olarak düzenlenmediğinden, üçüncü kişinin fiilini üstlenme hükümleri ile bağlantı kurulması mümkün görülmektedir. Bu görüş için bkz. Tandoğan, s.848-852.

²³⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.63.

²³⁶ Bentele, s.130-131.

²³⁷ Oğuzman, Öz, s.415; Eren, s.1181 vd.; Nomer, Rn.216; Hatemi, Gökyayla, s.315; İstanbul Şerhi/Develioğlu, s.974.

kişinin davranışını taahhüt eden ile bu davranış kendisine taahhüt edilendir. Bu sözleşmede üçüncü kişi, hukuki ilişkinin dışında kalmaktadır. Dolayısıyla bu sözleşmeden ne hak kazanır ne de borç altına girer. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme halinde taahhütte bulunan, bağımsız bir borç altına girmektedir. Taahhütte bulunan, fiili taahhüt edilen üçüncü kişi edimini yerine getirmediğinde söz konusu edimi değil, kendi taahhüdünü yerine getirmekle yükümlü olur. Bu nedenle taahhütte bulunan, üçüncü kişinin borcundan bağımsız bir borç altına girdiğinden, taahhüt edilen borç ile asıl sözleşmeden doğan borç arasında asli-fer'i borç niteliği yoktur. Genellikle taahhüt edenin borcu, üçüncü kişinin yerine getirmediği edimden doğan zararın, para ile veya aynen tazmin edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır²³⁸.

Cezaî şart borçlusunun üçüncü kişi olması halinde, üçüncü kişinin fiilini üstlenmede olduğu gibi iki farklı hukuki ilişkinin mevcut olduğunu ifade edebiliriz. İlk olarak alacaklı ile borçlu arasında imzalanan asıl sözleşme ilişkisi; ikinci olarak ise asıl sözleşmenin alacaklısı ile borçlunun edimini yerine getireceğini taahhüt eden kişi arasında imzalanan cezaî şart anlaşması bulunmaktadır. Dikkat edilmesi gereken husus her iki sözleşmenin alacaklısı aynı olmakla birlikte; asıl sözleşmenin borçlusu ile cezaî şart anlaşmasının borçlusu farklı kişilerdir²³⁹. Buna karşılık üçüncü kişinin fiilini üstlenme halinde cezaî şart hükümlerinden farklı olarak taahhüt eden, borçlu borcuna uygun davranmazsa sadece ortaya çıkan müsbet zararı ödemekle yükümlüdür. Fakat farklı şekilde kararlaştırma da yapılabilir²⁴⁰. Bunun yanı sıra cezaî şart kurumunun en önemli özelliği, asıl sözleşmeden doğan borç ile arasında asli-fer'i borç ilişkisi bulunmasıdır. Hâlbuki üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden sözleşmeden doğan borcun, asıl sözleşmeden doğan borçtan bağımsız olduğu ve dolayısıyla aralarında asli-fer'i borç ilişkisi bulunmadığı ifade edilmektedir²⁴¹.

²³⁸ Oğuzman, Öz, s.416 vd.; Eren, s.1187; Nomer, Rn.216.3; Hatemi, Gökyayla, s.318 vd.;

²³⁹ Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s.63; Bilge, s.75; Kocağa, s.131.

²⁴⁰ İstanbul Şerhi/Develioğlu, s.996. Eğer götürü miktar belirlenmiş ve ortaya çıkan zarar bu miktardan daha fazla ise aksi kararlaştırılmamışsa, bu azami miktar ödenmekle yetinilmelidir. Eğer götürü miktar belirlenmiş ve ortaya çıkan zarar daha düşük ise fiilen ortaya çıkan zarar miktarına hâkimin indirmesi gerekecektir. Fakat bu indirimin nedeni TBK m.182/3 (OR m.163/3) değil, TBK m.128'in (OR m.111) lafzıdır. Bkz. Schoch, s.27-28. Ayrıca bkz. Oğuzman, Öz, s.425 vd.; İstanbul Şerhi/Develioğlu, s.997.

²⁴¹ Üçüncü kişinin ediminin dayandığı borç ilişkisinin doğmamış olduğuna, geçersiz olduğuna, imkânsızlık bulunduğuna veya sona ermiş olduğuna dayanarak ifadan kaçınamaz. Bkz. Oğuzman, Öz, s.431; Eren, s.230; Nomer, Rn.216.2; Hatemi, Gökyayla, s.321; İstanbul Şerhi/Develioğlu, s.979. Fakat doktrindeki

Cezaî şart borçlusu olarak, asıl sözleşmenin borçlusundan farklı bir kişinin belirlenmesi halinde, kanaatimizce de üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumu devreye girecektir. Nitekim yukarıda da yer aldığı üzere cezaî şartın borçlusu ile asıl alacağın borçlusunun farklı kişiler olması, cezaî şart hükümlerinden farklı bir hukuki durumun doğmasına neden olmaktadır. Öte yandan kanunda üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumu ayrıca düzenlendiğinden, artık cezaî şarta ilişkin hükümler yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye ilişkin düzenleme uygulama alanı bulmalıdır.

3. Cezaî Şart Anlaşmasının Şekli

Cezaî şart anlaşması için kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Dolayısıyla cezaî şart anlaşması, TBK m.12’de “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.*” şeklinde ifade edilen genel düzenlemeye tâbidir²⁴². Bu nedenle cezaî şart anlaşması kural olarak bir şekle bağlı olmayıp, tarafların aralarında kararlaştıracakları herhangi bir şekilde yapılabilecektir. Buna karşılık rekabet yasağının ihlali hali için kararlaştırılan cezaî şart bakımından, rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı olarak hazırlanması gerektiği TBK m.444’de açıkça yer almaktadır. Fakat buradaki yazılı şekil doğrudan cezaî şart için düzenlenmemiştir. Asıl sözleşme için düzenlenen şekil şartı, fer’i niteliği dolayısıyla cezaî şart anlaşması için de etki etmektedir²⁴³. Dolayısıyla cezaî şart anlaşmasının geçerliliği bakımından, asıl sözleşme için öngörülen kanuni şekil şartına uyulmalıdır²⁴⁴.

hâkim görüşe göre, eğer üstlenilen edim, kanuna veya ahlaka aykırı ya da başlangıçtaki objektif imkânsızlık söz konusu ise üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi de TBK m.27 uyarınca kesin hükümsüzdür. Fakat bu hüküm, dar yorumlanmalıdır. Bu görüş için bkz. Oser, Schönerberger, Art 111 OR, N.7; Oğuzman, Öz, s.426; Eren, s.1182; İstanbul Şerhi/Develioğlu, s.990-991. Başlangıçtaki objektif imkânsızlık bakımından aksi görüşte bkz. İstanbul Şerhi/Develioğlu, s.993. Asıl sözleşmeden doğan borcu sona erdiren bazı durumlarda, örneğin takas, ibra, yenileme, alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişi de birleşmesi gibi, riskin gerçekleşme durumu da ortadan kalktığından üçüncü kişinin fiilini üstlenme de sona erer. Bkz. Tandoğan, s.881-883; İstanbul Şerhi/Develioğlu, s.1004-1005.

²⁴² Cezaî şart bakımından şekil konusunun ayrıntılı incelemesi için bkz. 1. Bölüm, VI, B, 2, b.

²⁴³ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.22; Bucher, s.524; Reck, s.101; Koller, § 81, Rn.27; Bentele, s.57; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3921; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.61.

²⁴⁴ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.22; Koller, § 81, Rn.27; Bentele, s.57; Palandt, **Kommentar**, s.571; Erman/Schaub, Art 339, Rn.3; Keller, Schöbi, s.111; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.61-62; Eren, s.1211-1212. Ayrıca karş. Bucher, s.524.

Kanuni olarak öngörülen şekil şartına aykırılığın yaptırımını TBK m.12/2’de (OR m.11/2) şu şekilde ifade edilmiştir: “*öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*”. Bir görüşe göre, şekil şartı yerine getirilen asıl sözleşme geçerli olurken, şekle aykırı hazırlanan cezaî şart anlaşması geçersiz olacaktır²⁴⁵. Bu konuda İsviçre’de aksi bir görüş de ileri sürülmektedir. Buna göre cezaî şart anlaşmasının şekle aykırılığı halinde kısmi hükümsüzlüğün uygulanması kabul edilmemektedir. Nitekim aksi bir kabul, kanuni şeklin koruma amacına ters düşecektir. Bu nedenle bu görüşe göre, asıl sözleşmenin şekil şartına tâbi olan cezaî şart anlaşmasının şekil şartına uymaması, asıl sözleşmenin de bütün olarak geçersiz sayılmasını gerektirmektedir²⁴⁶. Fakat bu görüş Türk Hukuku bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Zira TBK m.182/2, açıkça cezaî şartın geçersizliğinin, asıl borcun geçerliliğine etki etmeyeceğini düzenlemiştir²⁴⁷. Alman Hukuku’nda, Türk Hukuku’nda savunulduğu gibi, BGB m.344 uyarınca sadece asıl sözleşmenin bağlı olduğu şekle uygun imzalanmayan cezaî şart anlaşmasının geçersiz olacağı sonucuna varılmaktadır²⁴⁸.

Asıl sözleşmenin tarafları, TBK m.17 çerçevesinde, asıl sözleşme kanuni veya sözleşmesel şekil şartına tâbi olmasa bile, sadece cezaî şart anlaşmasına yönelik sözleşmede şekil şartı kararlaştırabileceklerdir. Yine asıl sözleşme için şekil şartı kararlaştırılmışsa, fer’i niteliği gereği söz konusu sözleşmesel şekil şartı cezaî şart anlaşmasına da uygulanacaktır. Taraf iradesinin yorumlanması sırasında, şekil bakımından ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık halinde, asıl sözleşme için kararlaştırılan şekil şartına, cezaî şart anlaşması için de uyulması gerektiği ileri sürülmektedir²⁴⁹. Sözleşmedeki şekle uyulmamasının yaptırımını ise TBK m.17’de, sözleşmenin tarafları bağlamayacağı şeklinde ifade edilmiştir.

Burada açıklanan şekil şartı asıl sözleşme ile cezaî şart anlaşmasının tarihlerinin aynı olması hali için geçerlidir. Asıl sözleşmeden önce veya sonra

²⁴⁵ Oğuzman, Öz, s.535-536.

²⁴⁶ Gauch, Schluep, Schmid, Rn.581; Becker, Art 11 OR, N.12; Bentele, s.66.

²⁴⁷ Bu konuda bkz. 1. Bölüm, V, B, 6.

²⁴⁸ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.22.

²⁴⁹ Bentele, s.59.

imzalanan cezaî şart anlaşması için, asıl sözleşmenin cezaî şart ile ilişkisi başlığı altında ayrıntılı açıklama yapılmıştır²⁵⁰.

4. Cezaî Şart Anlaşmasının Asıl Sözleşme İle İlişkisi

Cezaî şart anlaşması, asıl sözleşmede yer alan bir kloz (*Vertragsklausel-Strafklausel*) olarak kararlaştırılabileceği gibi, asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olarak da kararlaştırılabilecektir²⁵¹. Cezaî şart anlaşması genellikle asıl sözleşme ile aynı zamanda yapılmaktadır²⁵². Fakat asıl sözleşmenin imzalanmasından önce ya da sonra düzenlenmesi de mümkündür²⁵³.

Cezaî şartın, bir sözleşme klozu olarak değil de bağımsız bir sözleşme olarak kararlaştırılması halinde geçerliliği, asıl sözleşmenin imzalanması anında başlayacaktır. Fakat bu kural cezaî şart anlaşmasının, asıl sözleşmeden önce imzalanmasını engelleyici nitelikte değildir²⁵⁴. Hatta asıl sözleşmenin imzalanmasından önce düzenlenen cezaî şart anlaşmasının varlığı halinde, çifte şartın gerçekleşmesiyle cezaî şart ödeme borcu doğacağı kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, asıl sözleşmenin imzalanmasıdır; ikincisi ise her cezaî şartta olduğu gibi asıl sözleşmenin ihlal edilmesidir²⁵⁵. Bu tip asıl sözleşmenin imzalanmasından önce düzenlenen cezaî şart anlaşmasına örnek olarak, çerçeve sözleşmeler (*Rahmenvertrag*) gösterilmektedir²⁵⁶. Zira çerçeve sözleşme kararlaştırmaları halinde taraflar, ileride bireysel olarak imzalayacakları sözleşmelerde, çerçeve sözleşmedeki genel kuralları gözetmelerinin yanı sıra, yeni düzenlemeler ile çerçeve sözleşmeyi tamamlamaktadır. Dolayısıyla çerçeve sözleşmede cezaî şarta yer verilmesi halinde, henüz asıl sözleşme kurulmadan önce cezaî şart anlaşması yapılmış olur. Fakat çerçeve sözleşmede yer

²⁵⁰ Bkz. 1.Bölüm, VI, B, 2, b, (2).

²⁵¹ Gauch, Schluep, Rey, Rn.3920; Keller, Schöbi, s.111; Bentele, s.37; Reck, s.99; Oğuzman, Öz, s.529; Hatemi, Gökyayla, s.376; Nomer, Rn.235.

²⁵² Bucher, s.524; Keller, Schöbi, s.111; Reck, s.99; Schoch, s.23; Von Tuhr, Escher, s.278; Bentele, s.37.

²⁵³ Bucher, s.524; Keller, Schöbi, s.111; Reck, s.99; Von Tuhr, Escher, s.278; Bentele, s.37-38. Doktrinde Tunçomağ, cezaî şart anlaşmasının ya asıl sözleşme ile aynı anda yapılmasını ya da asıl sözleşmeden sonra yapılmasını kabul etmektedir. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.62. Aynı yönde bkz. Bilge, s.50-51.

²⁵⁴ Reck, s.99; Bentele, s.38. Aksi görüşte bkz. Schoch, s.23.

²⁵⁵ Reck, s.99; Bucher, s.524; Bentele, s.38; Santoro, s.4.

²⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gauch, Schluep, Schmid, s.1099; Bentele, s.38-39.

alan cezaî şart anlaşmasının hüküm ifade etmesi, öncelikle asıl sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına, daha sonra ise asıl sözleşmeden doğan borcun ihlal edilmesine bağlıdır²⁵⁷.

Asıl sözleşme imzalandıktan sonra da herhangi bir şart aranmaksızın taraflar, sözleşme edimini güvence altına almak amacıyla cezaî şart anlaşması yapabilirler. Bu halde cezaî şart, genellikle asıl sözleşmeye bağlı ama ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılmaktadır²⁵⁸.

5. Cezaî Şart Anlaşmasının İçeriği

Cezaî şart anlaşmasının içeriğini inceleyecek olursak, öncelikle cezaî şart olarak kararlaştırılan edimin ele alınması yararlı olacaktır. Şart koşulan edim, genellikle bir para borcudur. Fakat her ne kadar kanunda yer alan “ceza miktarı” şeklindeki ifade aksinin savunulmasını²⁵⁹ mümkün kılarsa da, doktrinde hâkim görüşe göre kanun, para borcu dışında başka bir edimin cezaî şart olarak kararlaştırılmasını engelleyici bir ifade içermemektedir²⁶⁰. Bu nedenle cezaî şart anlaşmasında para borcunun dışında bir hizmetin yerine getirilmesi, kıymetli evrak devri ya da yapmama borcu şeklinde cezaî şart kararlaştırmak mümkün kabul edilmektedir²⁶¹. Bununla birlikte manevi değerlerin cezaî şart olarak düzenlenemeyeceği de belirtilmektedir²⁶². Alman Hukuku’nda BGB m.339-341 arasında yer alan maddelerin lafzı, cezaî şartın sanki sadece para edimi olarak kararlaştırılabileceği sonucunu çıkartmaktayken;

²⁵⁷ Bentele, s.38; Kocağa, s.109-110.

²⁵⁸ Keller, Schöbi, s.111; Reck, s.99; Von Tuhr, Escher, s.278; Bentele, s.39; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.62.

²⁵⁹ Stahel, s.49.

²⁶⁰ Keller, Schöbi, s.111; Palandt, **Kommentar**, s. 570; Erman/Schaub, Art 339, Rn.2; Jauernig, Art 339, N.1; Reck, s.102; Gauch, Schluep, Rey, Rn.39; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.65; Oğuzman, Öz, s.540; Eren, s.1210; Kılıçoğlu, s.971.

²⁶¹ Örnekler için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.69; Oğuzman, Öz, s.540; Becker, OR 160, N.6; Reck, s.102; Schoch, s.26; Petitjean, s.9; Bentele, s.41. Doktrinde bir grup yazar, cezaî şartın borca aykırılık halinde karşı edimden bir miktar indirim yapılması şeklinde kararlaştırılabileceğini savunmaktadır. Bkz. Becker, OR 160, N.6; Petitjean, s.9. Ancak bir görüş, böyle bir cezaî şart kararlaştırılmasının cezaî şarttan farklı bir kavram olduğu ileri sürmektedir. Bkz. Schoch, s.10; Von Tuhr, Escher, s.279.

²⁶² Eren, s.1210

m.342’de para edimi dışında her türlü edim olarak kararlaştırılabileceği açıkça ifade edilmiştir²⁶³.

Cezaî şart anlaşmasında asıl sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi haline bağlı olarak cezaî şart öngörüldüğünden, geciktirici şarta bağlı bir edim borcu doğurduğu ifade edilmektedir²⁶⁴. Bu nedenle de doktrinde, gelecekte bu şartın ortaya çıkmasına kadar cezaî şart anlaşmasının askıda olduğu kabul edilmektedir²⁶⁵.

Cezaî şartın ödenmesini gerektirecek şartın ne olduğu taraf iradesine bağlıdır. Dolayısıyla herhangi bir uyuşmazlık halinde; cezaî şart anlaşmasının yorumlanması gerekmektedir.²⁶⁶ Genellikle asıl sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halleri için cezaî şart kararlaştırılmakla beraber, taraflar dilerse sadece gereği gibi ifa etmeme, kötü ifa etme²⁶⁷ ya da borcun zamanında veya yerinde ifa edilmemesi gibi haller ile tüm bunları kapsayacak şekilde asıl sözleşmeden doğan her bir borca aykırılık hali için de cezaî şart ödenmesini kararlaştırabilirler²⁶⁸.

Cezaî şart talep hakkının ortaya çıktığı zaman, yani muaccel olduğu an ise anlaşmanın içeriği, hukuki ilişkinin doğası ve kanunun ilgili maddesine göre belirlenmektedir (*TBK m.90, OR m.75*)²⁶⁹. Cezaî şart talebinin muaccel olması ile

²⁶³ Bu konuda bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.3 ve Art 342, Rn.1.

²⁶⁴ Von Tuhr, Escher, s.277; Oğuzman, Öz, s.535; Eren, s.1211; Nomer, Rn.235.1; Staudinder, Vor Art 339, N.1; MüKoBGB/ Gottwald, Vor Art 339, Rn.1; Reck, s.109; Bentele, s.8. Oğuzman, Öz, her ne kadar cezaî şart bir tür geciktirici şarta bağlı edim borcu olsa da kanunda özel hükümlerle düzenlendiğinden, şarta ilişkin TBK m.170-176 hükümlerinden önce bu hükümlerin uygulama bulacağına, özel hükümlerde boşluk bulunması halinde ve niteliği uygun düştükçe, şarta ilişkin genel hükümlerin uygulanabileceğine dikkat çekmektedir. Bu konuda bkz. Oğuzman, Öz, s.535. Schoch aksi görüştedir. Yazara göre, asıl sözleşme geciktirici şarta bağlı değildir. Cezaî şartı gerçekleştiren olay ortaya çıktığında, asıl sözleşme önceden nasıl mevcutsa şimdi de mevcuttur. Bu görüş için bkz. Schoch, s.7. Cezaî şart, teknik anlamda bir şart değil, geciktirici şarta bağlı bir borçtur. Şart ifadesi burada kloz ya da başka bir deyişle kayıt anlamında bir sözleşme hükmüdür. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Akkayan Yıldırım, s.362 vd..

²⁶⁵ Bentele, s.44; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3918. Öyle ki cezaî şart sadece gelecekte meydana gelebilecek bir sözleşmeye aykırılık hali için kararlaştırılabilecektir; aksi halde garanti vaadi olduğu kabul edilir. Bu yönde bkz. Prütting, Wegen, Weinreich, Vor Art 339, N.3; Erman/Schaub, Vor Art 339-345, Rn.8; Jauernig, Art 339, N.1.

²⁶⁶ Bucher, s.526.

²⁶⁷ Örneğin bir makinenin, belirli bir tur sayısına ulaşmaması hali için cezaî şart kararlaştırılabilir. Bu örnek için bkz. Gauch, Schluep, Rey, Rn.3919.

²⁶⁸ Gauch, Schluep, Rey, Rn.3918-3919; Bentele, s.45.

²⁶⁹ Bentele, s.83; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.97; Hatemi, Gökyayla, s.353; Kocağa, s.219.

anlatılmak istenen, alacaklı tarafından talep ve dava edilebilmesidir²⁷⁰. Bu an, anlaşmanın içeriğinde yer almıyorsa ve hukuki ilişkinin özelliğinden de anlaşılamiyorsa kanun hükmü uygulama alanı bulacaktır. Yani borç, doğumu anında muaccel olacaktır. TBK m.90 dikkate alındığında, alacaklının cezaî şart talep hakkı, borca aykırılık gerçekleştiği an doğmaktadır²⁷¹.

Cezaî şart talep hakkı muaccel olduğunda alacaklı, kural olarak cezaî şartın ifa edilmesini talep edebilecektir. Buna karşılık istisnai bazı hallerde borçlu, muaccel olmasına rağmen geçerli bir def'i bulunması dolayısıyla cezaî şartı ifa etmekten kaçınma hakkını kullanabilecektir. Buna örnek olarak zamanaşımı def'i gösterilebilir²⁷². Doktrinde Schöbi'nin ileri sürdüğü bir görüşe göre ise cezaî şart kurumuna özel bir def'i olarak, cezaî şart miktarının aşırı olması gösterilebilecektir²⁷³. Ancak aksi görüşte olanlar bunun def'i değil ancak bir itiraz olabileceğini savunmaktadır²⁷⁴.

6. Cezaî Şart Anlaşmasının Geçerliliği

Asıl sözleşme bakımından olduğu gibi cezaî şart anlaşmasının da kanuna, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması veya imkânsız olmaması gerekir. Aksi halde cezaî şart anlaşması, asıl sözleşme geçerli olsa dahi TBK m.27 uyarınca kesin hükümsüz sayılacaktır²⁷⁵. Yine şekil şartına aykırı ve muvazaa içeren cezaî şart anlaşmasının yanı sıra, diğer tüm geçersizlik hallerinde de bu yaptırımla karşılaşılacaktır. Bu hususa, cezaî şart anlaşmasının irade bozukluğu nedeniyle sakat olması halinde, kanundaki süre içinde iptal hakkının kullanılması da dâhildir²⁷⁶. Fakat

²⁷⁰ Gauch, Schluep, Rey, Rn.2161; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.97; Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek, **Ceza Koşulu: Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s.53.

²⁷¹ Reck, s.134; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3924; Schoch, s.43; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.97; Kocağa, s.219.

²⁷² MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.19; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3484.

²⁷³ Bu görüş için bkz. Schöbi, s.69, Anm. 250.

²⁷⁴ Bentele, s.84, dn.414.

²⁷⁵ Bu hüküm kapsamında geçersiz cezaî şarta örnek olarak kişinin vücut bütünlüğünü tehlikeye sokan fiiler, suç işleme, kendisini insan onuruna aykırı hale getirme, birisiyle evlenme ve benzeri yükümlülüklerin cezaî şart olarak kararlaştırıldığı anlaşmalar gösterilmektedir. Bu örnekler için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.69; Oğuzman, Öz, s.540.

²⁷⁶ Cezaî şart anlaşmasının kurulmasındaki irade sakatlıklarına, TBK m.30, 36, 37 (OR m.23, 28, 29) uyarınca genel hükümlerdeki kurallar ve yaptırım uygulanacaktır. TBK m.39'da yer aldığı üzere, irade sakatlığına uğrayan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan

TBK m.27/2 ile TBK m.182'nin açık düzenlemesi gereği, cezaî şartın geçersizliği asıl sözleşmeye etki etmemektedir²⁷⁷.

İsviçre'de OR m.19 uyarınca, cezaî şart anlaşmasının tarafları, sözleşmenin içeriğini belirlemekte serbesttir. Sözleşme serbestisinin sınırını ise kanun belirler. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin sözleşme serbestisine çizdiği sınır, Türk Hukuku'na benzer şekilde, OR m.19/2 ve m.20/1'de ifade bulmuştur. Cezaî şart anlaşması bu hükümlerde belirtilen sınıra ve içeriğe uygun kurulmalıdır²⁷⁸.

Alman Hukuku'nda BGB'nin 134.maddesinde kanuna aykırılık hali, 138'de ise ahlaka aykırılık halinde sözleşmenin kesin hükümsüz sayılacağı ve şartları varsa, m.139'daki kısmi hükümsüzlük²⁷⁹ halinin cezaî şart anlaşması için de uygulanacağı

kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde, sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez ise sözleşmeyi onamış sayılacaktır. Bu ana kadar cezaî şart anlaşması geçerliliğini koruyacaktır. Bkz. Von Tuhr (Çev.Edege), s.226-228; Tunçomağ, C.I, s.180; Oğuzman, Öz, I, s.117-118; Tekinay vd., s.382; Eren, s.361-362; Hatemi, Gökyayla, s.102-103. İsviçre Hukuku'nda cezaî şart anlaşmasının taraflarında ortaya çıkacak irade sakatlığı halleri ve hukuki sonucu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rn.888; Bucher, s.192; Keller, Schöbi, s.153; Bentele, s.67-68. TBK m.28'de düzenlenen iptal hakkı doğuran aşırı yararlanma hükmünün cezaî şart anlaşmasına uygulanıp uygulanamayacağı ise tartışmalıdır. Bu hükmün uygulanmasını uygun bulan görüş için bkz. Oser, Schönenberger, Art 163 OR, Rn.2; Tekinay vd., s.357. Buna karşılık diğer görüş, cezaî şartın karşı edim olarak yüklenilmiş olmadığına dayanarak, borçlunun aşırı yararlanma hükümlerine başvuramayacağını savunmaktadır. Bkz. Von Tuhr, Escher, s.284; Oğuzman, Öz, s.555; Bilge, s.114; Eren, s.1217-1218.

²⁷⁷ BK zamanında, TBK m.182/2'deki hüküm mevcut olmadığından, BK m.20/2 (TBK m.27/2) uyarınca cezaî şart hükmü olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılacağı ileri sürülmekteydi. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.85.

²⁷⁸ Gauch, Schluep, Schmid, Rn.638; Bentele, s.48.

²⁷⁹ Hukukumuzda, Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra geçersizlik ve hükümsüzlük konusunda yaşanan kavram karmaşasına dikkat çeken Oğuzman, Barlas, geniş anlamda hükümsüzlüğü hukuki işlemin unsurlarındaki eksikliğin veya sakatlığın niteliğine göre, yokluk, iptal edilebilirlik, noksanlık, nispi hükümsüzlük (*nispî butlan*) ve kesin hükümsüzlük (*mutlak butlan*) şeklinde gruplandırarak kullanmaktadır. Geçersizlik ibaresini ise hükümsüzlük türlerinden sadece kesin hükümsüzlük halini ifade etmek için tercih etmektedir. Buna karşılık aynı yazarlar, kesin hükümsüzlüğün bir türü olarak "*kısmi kesin hükümsüzlük*" terimini kullanmaktadır. Bkz. M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 24. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.221 vd.. Kanaatimizce de kısmi hükümsüzlük yerine, kısmi kesin hükümsüzlük teriminin tercih edilmesi kavramsal anlamda daha isabetli olsa da hem doktrinde genel kullanılan terim olduğundan hem de kolaylık sağladığından biz de tezin bütünü kapsamında kısmi hükümsüzlük terimini kullanmayı tercih ediyoruz. Kısmi kesin hükümsüzlük yerine kısmi hükümsüzlük terimini kullanan yazarlar için bkz. Oğuzman, Öz, s.180; Eren, s.354; Hatemi, Gökyayla, s.87; Nomer, Rn.41.3; Nagehan Kırkbeşoğlu, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s.75. Karş. Turhan Esener, **Borçlar Hukuku**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969, s.212-213. Alman Hukuku'nda ise BGB m.139'da kısmi hükümsüzlük anlamında "*Teilnichtigkeit*" terimi kullanılmaktadır. Bununla birlikte TBK m.27/2'den farklı olarak, BGB m.139'daki kısmi hükümsüzlük istisna, sözleşmenin tamamının kesin hükümsüzlüğü ise kural olarak düzenlenmiştir.

kabul edilmektedir²⁸⁰. Yine BGB m.242'deki dürüstlük kuralı ile BGB m.305 ve devamındaki genel işlem koşulları hükümlerine aykırılık halinde de geçersiz bir cezaî şart anlaşması ortaya çıkmaktadır²⁸¹.

Sözleşme imzalanırken mevcut olan objektif imkânsızlık hali, sözleşme serbestisine sınır çizmektedir (*TBK m.27, OR m.20*). Bu kapsama imkânsızlığın, sadece borçlu için geçerli olduğu sübjektif imkânsızlık hali dâhil değildir²⁸². Cezaî şart anlaşmasının objektif imkânsızlığı ise genellikle para edimi içerdiği için sık karşılaşılan bir durum olarak görülmemektedir. Bununla birlikte borçlunun ödeme güçlüğü içinde olması ise zaten sübjektif imkânsızlık kapsamında değerlendirilmektedir²⁸³.

Sözleşme serbestisine sınır çizen bir diğer hal ise kanuna aykırılık halidir. Cezaî şart anlaşmasının içeriği, emredici ve objektif bir kanun hükmüne aykırı ise TBK m.27 çerçevesinde kanuna aykırı kabul edilecektir²⁸⁴.

TBK m.27 uyarınca, cezaî şart anlaşmasının içeriğini belirlemede tarafların sahip olduğu serbestiyi sınırlayan diğer bir hal ahlaka aykırılıktır. Eğer cezaî şart anlaşmasının içeriği taraflardan birinin kişilik haklarını ihlal ediyor ya da ahlak kurallarını çiğniyorsa, ahlaka aykırıdır²⁸⁵. Bu konuda örnek olarak cezaî şartın nişanın bozulması şeklinde kararlaştırılması gösterilmektedir; çünkü böyle bir cezaî şart kişinin evlenme özgürlüğüne aykırılık oluşturmaktadır²⁸⁶.

²⁸⁰ Palandt, **Kommentar**, s.571; Lohr, s.433.

²⁸¹ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.10.

²⁸² Gauch, Schluep, Schmid, Rn.638; Tekinay vd., s.404; Eren, s.344 vd..

²⁸³ Reck, s.105; Keller, Schöbi, s.145; Eren, s.346 vd..

²⁸⁴ Gauch, Schluep, Schmid, Rn.638; Bentele, s.50.

²⁸⁵ Gauch, Schluep, Schmid, Rn.656; Koller, § 81, Rn.23; Bentele, s.53. Doktrinde bir grup yazar, aşırı miktarda belirlenen cezaî şartı borçlunun ekonomik durumunu ve özgürlüğünü etkilediğinden ahlaka aykırı kabul etmektedir. Bkz. Dietzi, s.142; Albert Scherrer, **Das Richterliche Ermässigungsrecht bei Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht**, Diss., Freiburg, 1934, s.33. Bu görüşü eleştiren yazarlar ise her olayda aşırı miktardaki cezaî şartın ahlaka aykırılık oluşturup oluşturmadığının tespitinin zor olduğunu ileri sürmektedirler. Bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rn.714; Reck, s.105.

²⁸⁶ Bentele, s.53; Bucher, s.522; Götz, ZGB Art 91, N.7; Von Tuhr, Escher, s.279. Bu noktada ele alınması gereken bir başka hüküm ise hâkimin aşırı cezaî şartı indirme yetkisidir. Nitekim bu halde kanuna veya ahlaka aykırı sayılabilecek miktarda cezaî şart kararlaştırılmıştır. Bu hükmün farklı yorumlanması ile ortaya çıkan iki görüş vardır. Birincisine göre, hükmün lafzından yola çıkıldığında, hâkim aşırı gördüğü cezaî şartı inşai bir karar ile indirebilir. Bu yönde bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.1. Bu görüşe göre her ne kadar cezaî şarta ilişkin hükümler tamamlayıcı nitelikte olsalar da hâkimin indirim yetkisi emredici bir hükümdür; çünkü bu yetki kamu düzenindendir. Bu görüş için bkz.

Cezaî şart anlaşmasının içeriğinin kanunda yer alan içerik serbestisi sınırlamalarına uymamasının hukuki sonucu kesin hükümsüzlüktür (TBK m.27, OR m.19)²⁸⁷. Sonuç olarak cezaî şart anlaşmasının içeriğinin sözleşme özgürlüğü sınırlamalarına uymaması halinde, genel hükümlerde yer alan hukuki sonuçlar uygulanmaktadır. Bu durumda kesin hükümsüz cezaî şartın, asıl sözleşmeye etkisi olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu konuda özellikle ele alınması gereken hükümler, TBK m.27/2 ve m.182/2'dir.

Konu, 818 sayılı Borçlar Kanunu dönemindeki görüşlerin ileri sürülmesine etkisi dikkate alınarak, öncelikle İsviçre Hukuku bağlamında incelenmelidir. TBK m.27/2'de olduğu gibi, mehz OR m.20/2 gereği, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur²⁸⁸. Cezaî şart anlaşmasının bir hükmünün geçersiz olması ile asıl sözleşmede yer alan bir hükmün geçersiz olmasının birbirine etkisi iç içe geçmiş zincirler gibi değerlendirilmelidir. Yani bu zincirlerden birinin dağılması (*bir anlaşma hükmünün hükümsüz olması*) üstte yer alan zincire (*diğer anlaşmaya, onun bir hükmü olması dolayısıyla*) etki edecektir. Konumuzla bağlantı kurarsak cezaî şart anlaşması, OR m.20/2 anlamında asıl sözleşmenin bir parçasıdır. Bu nedenle İsviçre Hukuku'nda bir görüşe göre, cezaî şart anlaşmasının içeriğindeki bir aykırılık nedeniyle, söz konusu anlaşma tekrar kısımlara ayrılmalıdır. Dolayısıyla cezaî şart anlaşmasının içeriğindeki aykırılığın, anlaşmanın tamamını kesin hükümsüz kılacağı savunulmaktadır. Kısacası kısmi hükümsüzlük sonucu, cezaî şart anlaşmasının kendi içinde kabul edilmemektedir²⁸⁹.

Cezaî şart anlaşmasının bütün olarak kesin hükümsüz olduğu kabul edilince, asıl sözleşmenin bir kısmı olarak etkisinin ne olacağı da soru işareti oluşturmaktadır.

Petitjean, s.116; Schoch, s.62; Bucher, s.522; Von Tuhr, Escher, s.284. İkinci görüş ise yorum yoluyla hükmün anlamını ele almaktadır. Bu yoruma göre, borçlu en baştan itibaren aşırı yüksek cezaî şart yükümlülüğü altına sokulamaz. Hâkimin indirim yetkisi emredici değildir. Buna karşılık cezaî şart anlaşması ancak uygun bir miktarda edim içeriyorsa geçerli olabilecektir. Bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rn.714.

²⁸⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.84; Gauch, Schluep, Schmid, Rn.689.

²⁸⁸ İsviçre Hukuku'nda bu hükmün ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rn.689.

²⁸⁹ Gauch, Schluep, Schmid, Rn.692; Bentele, s.61.

Bu durumda OR m.20/2'deki kuralın devreye gireceği ileri sürülmektedir. Yani birinci ihtimal olarak hükümsüz kısım, sözleşmenin diğer kısımlarının geçerliliğini etkilemeyecektir. İkinci ihtimal olarak ise alacaklının bu hüküm olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağını ortaya koyması halinde, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olacaktır²⁹⁰. Bir görüşe göre, hükümsüz kısım yerine taraflar, alternatif bir hüküm öngörmüşlerse ya da hükümsüz kısım için kanunda bir kural mevcutsa, söz konusu hükümler uygulama alanı bulabilecektir²⁹¹. Cezaî şart anlaşmasının asıl sözleşmeye etkisi, temel olarak sözleşme taraflarının bu konudaki iradelerine bağlıdır²⁹². Sonuç olarak cezaî şart anlaşması içinde geçersizlik nedeni mevcutsa, anlaşma bütün olarak hükümsüz olacaktır. Bununla beraber asıl sözleşmeye kısmi hükümsüz olarak yansıyan bu hüküm yerine, kanun hükmü uygulama alanı bulacaktır²⁹³. Buna örnek olarak ahlaka aykırı olacak şekilde aşırı miktarda belirlenen cezaî şart yerine, emredici nitelikteki cezaî şartta indirim yapma yetkisi uyarınca, hâkimin belirleyeceği miktarın uygulanması gösterilmektedir (OR m.163/3)²⁹⁴.

Türk Hukuku'nda ise 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, geçersiz cezaî şart anlaşmasının asıl sözleşme üzerindeki etkisi konusu, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi yine BK m.20/2 (TBK m.27/2) değerlendirilerek ele alınmaktaydı. Yani alacaklı, geçersiz cezaî şart olmasaydı asıl sözleşmeyi yapmayacağını ispatlarsa, asıl sözleşme de geçersiz kabul edilmekteydi. Bu nedenle BK döneminde aksi yönde açık bir hüküm yer almadığından, istisnai bazı hallerde genel hüküm olan BK m.20/2 (TBK m.27/2) uygulanmak suretiyle taraf iradeleri dikkate alınarak, cezaî şartta ortaya çıkan geçersizliğin asıl borca da etkisi olabileceği kabul edilmekteydi²⁹⁵. TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonra ise İsviçre Hukuku'ndaki görüşlerden farklı olarak, cezaî şart anlaşmasının ve cezaî şartın geçersizliğinin, kural olarak asıl borç üzerinde etkisi olmayacağı kabul edilmektedir²⁹⁶. Zira TBK m.182/2'de bu husus açık bir düzenleme ile dile getirilmiştir. Şöyle ki “*cezaî şartın geçersiz olması veya borçlunun sorumlu*

²⁹⁰ Bentele, s.62.

²⁹¹ Gauch, Schluep, Schmid, Rn.703.

²⁹² Bentele, s.63.

²⁹³ Bentele, s.63-64.

²⁹⁴ Bentele, s.64.

²⁹⁵ Bu görüş için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.85. Ayrıca bkz. Bilge, s.69.

²⁹⁶ Oğuzman, Öz, s.541 ve s.543; Hatemi, Gökyayla, s.377-378; Nomer, Rn.237.5; Kocağa, s.119.

tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hale gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.” ifadelerine yer verilmek suretiyle bu konu açık bir düzenlemeye kavuşturulmuştur.

7. Cezaî Şart Talebi Bakımından Zamanaşımı

Türk Hukuku’nda cezaî şart talep hakkı bakımından, TBK m.146’daki genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık zamanaşımı uygulama alanı bulacaktır. Nitekim kanunda, cezaî şart talebinin zamanaşımı süresine ilişkin aksine bir düzenleme mevcut değildir. Henüz muaccel olmamış cezaî şart dikkate alındığında ise TBK m.152 uyarınca, bağlı alacaklarda zamanaşımına ilişkin hüküm devreye girecektir. Buna göre asıl alacak zamanaşımına uğrayınca, ona bağlı cezaî şart da zamanaşımına uğramış olur. Bununla birlikte cezaî şart muaccel olunca, asıl alacak daha kısa süreli zamanaşımına tâbi olsa bile, artık fer’i niteliği haiz olmayan cezaî şart için 10 yıllık genel zamanaşımı süresi geçerli olacaktır.

Alman Hukuku’nda ise cezaî şartı talep hakkı bakımından zamanaşımı süresi, BGB m.195’deki genel zamanaşımı süresi gereği üç yıldır. Yine asıl sözleşme için kanuni süreden daha kısa süreli zamanaşımı belirlenmesi halinde, bu sürenin muaccel cezaî şartın talep ve dava edilebilirliğine etki etmeyeceği kabul edilmektedir²⁹⁷.

C. Vaat Edilen Cezaî Şart

Bu başlık kapsamında cezaî şart olarak kararlaştırılabilecek edimler ile cezaî şart olarak kararlaştırılamayacak edimler ele alınacak olup, daha sonra cezaî şart ediminin geçersizliğinden bahsedilecektir. Buna karşılık cezaî şartın miktarı ve indirilmesi konusu, önemine binaen ayrı bir başlık altında incelendiğinden, tekrar üzerinde durulmayacaktır²⁹⁸.

²⁹⁷ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.23.

²⁹⁸ Bkz. 1. Bölüm, IX-X.

1. Cezaî Şart Olarak Kararlaştırılabilecek Edimler

Cezaî şartın üçüncü unsuru, taraflar arasındaki asıl sözleşmeden kaynaklanan borcun konusu olmayan, yeni bir edimin taahhüt edilmiş olmasıdır. Yani bir cezaî şart belirlenmesidir²⁹⁹. Cezaî şart, bir sözleşmesel edim olup; bu edim karşı tarafın yararına olabileceği gibi, üçüncü kişi yararına da olabilir³⁰⁰.

Cezaî şart, kararlaştırılması gereken bir edimdir. Yani taraflar, sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali için cezaî şart kararlaştırmaktadır. Bu sözleşmeden doğan borç, hiç veya gereği gibi ifa edilmediği anda cezaî şart muaccel hale gelecektir³⁰¹. Sözleşmeye aykırılık hallerinden hangisi gerçekleşirse cezaî şart talep edilebileceği, cezaî şart anlaşmasının yorumu ile çözümlenecek bir husustur³⁰².

Cezaî şart sözleşmeye aykırılık hali için kararlaştırılmış bir edimdir. Dolayısıyla alacaklı bakımından bir zarar ortaya çıkmasına bağlı değildir. Nitekim bu hususa TBK m.180/1'de (OR m.161/1) özellikle dikkat çekilmiştir³⁰³.

a. Asıl Sözleşme Ediminden Bağımsız Bir Edim Olması

Cezaî şart, asıl sözleşme ediminden bağımsız bir edim olmalıdır. Aksi halde bir cezaî şartın var olduğundan söz edilemeyecektir³⁰⁴.

Cezaî şart olarak kararlaştırılan edimin, asıl sözleşme ediminden bağımsız olması hususu, edimin niteliği yönünden olabileceği gibi, miktarı yönünden de olabilecektir. Dolayısıyla cezaî şart, asıl borca eklenen veya onun miktarını artıran bir edim olarak kararlaştırılabilecektir. Buna örnek olarak faizin zamanında ödenmemesi halinde, oranının belirli miktarda yükseltileceğine ilişkin düzenlemeler

²⁹⁹ Bilge, s.77.

³⁰⁰ Santoro, s.4-5.

³⁰¹ Bentele, s.6.

³⁰² Bentele, s.6; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.19.

³⁰³ Bötticher, s.36; Bentele, s.7; Tekinay vd., s.342, 358.

³⁰⁴ Becker, Art 160 OR, N.5; Oser, Schönnenberger, Vorbem. Zu Art 160-163 OR, N.3; Schoch, s.9; Reck, s.102; Bentele, s.5; Von Tuhr, Escher, s.279; Hatemi, Gökyayla, s.380.

gösterilmektedir³⁰⁵. Bağımsızlığın miktar yönünden vücut bulabileceği kabul edilince, özellikle para borçlarında cezaî şart kararlaştırılabilmesi mümkün hale gelmektedir³⁰⁶.

Asıl sözleşme ediminden bağımsız borç kavramı içinde incelenebilecek bir başka husus ise ücretten veya bedelden indirim yapılmasına yönelik cezaî şart kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı sorunudur. Nitekim doktrinde bu konuda temel olarak iki ayrı yönde görüş ortaya konulmuştur. Öncelikle bu şekilde bir kararlaştırmanın, borcun ihlal edilmesi halinde borçlunun bir hak kaybına uğramasına yol açacağı göz önünde tutularak, cezaî şart olarak kabul edilemeyeceği savunulmaktadır³⁰⁷. Buna karşılık aksi görüşteki yazarlar, sözleşmede yer alan böyle bir hükmün de cezaî şart olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir³⁰⁸. Bu konuda bir başka görüş daha mevcuttur ve konuyu, iki olasılığı dikkate alarak incelemektedir. Bu görüşe göre, kanunda bir borcun ihlali halinde ücretten veya bedelden indirim yapılacağına dair mevcut hüküm, taraflarca sözleşmede ayrıca kararlaştırılmışsa cezaî şart olarak kabul edilmemektedir. Örneğin TBK m.227’de satış sözleşmesine ilişkin böyle bir hüküm vardır. Buna karşılık bu görüş, eğer ücrette indirim yapılması kanuni bir hükümle düzenlenmeyip, taraflarca sözleşmede taahhüt edilmişse, cezaî şart niteliği taşıdığını ileri sürmektedir³⁰⁹. Bununla birlikte kanımızca bu tür bir kararlaştırma cezaî şart değil, bir hakkın kaybına yol açtığından hak düşürücü kayıt niteliğini haizdir³¹⁰.

Kısmi ifanın alacaklıya kalacağı hususundaki anlaşmanın cezaî şart sayılıp sayılamayacağı konusu da ayrıca ele alınmayı gerektirmektedir. Kısmi ifanın yanması kenar başlıklı TBK m.181/1’de cezaî şarta ilişkin hükümlerin, dönme durumunda ifa edilmiş olan kısmın alacaklıya kalacağını öngören sözleşmelere de uygulanacağı düzenlenmiştir. Yani kanun koyucu, kısmi ifa gerçekleşmesine rağmen kalan kısmın gecikmesi dolayısıyla sözleşmenin feshedilmesi halinde, o zamana kadar ödenen kısmın alacaklıya kalacağına dair kararlaştırmaları tam olarak cezaî şart kabul

³⁰⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.13; Ekinci, s.42. Ayrıca cezaî şartın, asıl borcun belirli bir oranı olarak kararlaştırılmasını da bağımsız bir edim olarak kabul eden görüş için bkz. Ekinci, s.43.

³⁰⁶ Schoch, s.26.

³⁰⁷ Von Tuhr, Escher, s.279-280; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.13; Oğuzman, Öz, s.540.

³⁰⁸ Becker, Art 160, OR, N.6; Bucher, s.523; Scherrer, s.17.

³⁰⁹ Bilge, s.79; Kocaağa, s.89.

³¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 1. Bölüm, IV, G.

etmemiştir. Fakat bu tür kararlaştırmalara da cezaî şarta dair hükümlerin uygulanmasını isabetli bulmuştur. Bu nedenle örneğin, hâkimin cezaî şartı indirim yetkisine dair TBK m.182/3, kısmi ifanın alacaklıya kalması halinde de uygulanacaktır. Fakat emredici niteliği haiz TBK m.181/2, taksitle satışa ilişkin hükümleri saklı tutmuştur. Dolayısıyla kısmi ifanın uygulamada en çok karşılaşıldığı hal olan taksitle satış istisna tutulduğu için, kısmi ifanın yanmasına ilişkin ilk fıkranın uygulama alanı doktrine göre neredeyse kalmamıştır³¹¹.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda ise OR m.162/2'de yer alan taksitle satışa ilişkin istisna hükmü, 23 Mart 2001'de yürürlüğe giren Tüketici Kredisi Kanunu³¹², nun taksitle satışlara ilişkin hükümleri nedeniyle temelsiz kaldığından, 1 Ocak 2003 itibarıyla yürürlükten kalkmıştır³¹³.

b. Ekonomik Değere Sahip Her Türlü Edim Olabilmesi

Cezaî şart genellikle para edimi, yani verme borcu doğuran bir edim olarak kararlaştırılsa da yapma veya yapmama borcu doğuran bir edim şeklinde de belirlenebilir³¹⁴. Örneğin bir hizmette bulunma, bir kurulda belirli yönde oy kullanmama, bir borcun nakli, bir kıymetli evrakın devredilmesi gibi ekonomik değere sahip, fakat para dışındaki edimler de cezaî şart olarak kararlaştırılabilir³¹⁵. Kısacası cezaî şart olarak her türlü edimin kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir, yeter ki ekonomik olarak değer ifade etsin³¹⁶.

³¹¹ Oser, Schöenberger, Art. 162 OR, Rn.3; Schoch, s.10; Kenan Tunçomağ, **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul, Beta, 1989, s.36-37; Bilge, s.79-80; Oğuzman, Öz, s.540-541; Nomer, Rn.236.3.

³¹² Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG), 23.03.2001, AS 2002 3846. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 162.maddesinde yer alan söz konusu hükmün, 1904 ve 1905 tasarılarından başlayarak tarihi geçmişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oser, Schöenberger, Art. 162 OR, Rn.1-2.

³¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. BSK OR I- Ehrat, Art 162, N.3a.

³¹⁴ Oser, Schöenberger, Vor. zu Art. 160-163 OR, Rn.6; Gauch, Schluep, Rey, s.3914; Staudinder, Vor Art 339, N.6; Erman/Schaub, Art 342, Rn.1; Koller, §81, Rn. 9; Reck, s.102; Schoch, s.9; Von Tuhr, Escher, s.279; Bentele, s.5; Oğuzman, Öz, s.540; Eren, s.1210; Hatemi, Gökyayla, s.377.

³¹⁵ Bu örnekler için bkz. Bentele, s.41; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.69; Oğuzman, Öz, s.540.

³¹⁶ Bentele, s.40; Jauernig, Art 339, N.15; Koller, §81, Rn. 9; Oğuzman, Öz, s.540; Eren, s.1210. Doktrinde TBK m.182/1'de yer alan “*tarafklar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler.*” şeklindeki düzenlemeye dayanılarak, tarafların sadece cezaî şartın miktarının belirlenmesinde değil, cezaî şart olarak seçilecek edimin belirlenmesinde de serbest oldukları şeklinde yorum yapılmaktadır. Bkz. Oğuzman, Öz, s.539. Şişe depozitoları, Alman Hukuku'nda cezaî şarta örnek olarak gösterilmektedir. MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.9; Palandt, **Kommentar**, s.570; Jauernig, Art 339, N.15. Muhtemelen şişe depozitolarında, şişenin geri getirilmemesi halinde para iadesi yapılmayacağı dikkate

Bu noktada ekonomik değere sahip olmayan bir edimin cezaî şart olarak kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı konusu da incelemeye değerdir. Bir görüşe göre, TBK m.180/1’de cezaî şartın zarardan bağımsız olması düzenlemesine dayanılarak, ekonomik değeri haiz olmayan cezaî şart kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir³¹⁷. Doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre ise ekonomik değere sahip olmayan, yani salt manevi değere sahip edimlerin cebri icra yolu ile takibi mümkün olmayacağından, cezaî şart olarak kararlaştırılması da mümkün görülmemektedir³¹⁸. Ayrıca ekonomik değere sahip olmayan cezaî şartın, borçlu üzerinde sözleşmeden doğan borcun ifası için yeterince baskı kuramayacağı ifade edilerek, cezaî şartın amacının gerçekleştirilmesine de uzak olduğu kabul edilmektedir³¹⁹.

c. Her Türlü Hukuki İşlemden Doğabilmesi

Cezaî şartın mutlaka bir sözleşmeden doğması gerekmemektedir. Doktrindeki hâkim görüşe göre cezaî şart, sözleşme dışı her türlü hukuki işlemde doğan borçlar ve hatta tek taraflı veya şirket tüzüklerinde görüldüğü gibi çok taraflı hukuki işlemler ile kararlar için de kararlaştırılabilir³²⁰. Haksız fiilden doğan tazminat borcu veya sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borcu için, nafaka borcunda olduğu gibi Aile Hukuku’ndan doğan borçlar için ya da dernek tüzüğünde üyelerin bazı eylem ve işlemleri hakkında cezaî şart kararlaştırılması mümkündür³²¹. Fakat bu tür hukuki

alınarak, Alman Hukuku’nda cezaî şart olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Kanaatimizce burada cezai şarttan değil, alacaklıya belirli bir miktar para sözleşme kurulurken ödendiğinden teminat akçesinden söz edilebilir.

³¹⁷ Becker, Art 161 OR, N.2.

³¹⁸ Bu konuda bkz. Schoch, s.26; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.14; Oğuzman, Öz, s.540; Eren, s.1210; Hatemi, Gökyayla, s.377; Keser, s.21.

³¹⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.14.

³²⁰ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.59-61; Bilge, s.47-48; Akkayan Yıldırım, s.371. Tek taraflı hukuki işlemler içinde sadece ilan suretiyle yapılan vaatler için cezaî şart kararlaştırılabileceği yönünde bkz. Bilge, s.46-47.

³²¹ Von Tuhr, Escher, s.278; Saymen, Elbir, s.554; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.4; Oğuzman, Öz, s.537-538; Tekinay vd., s.343; Eren, s.1210. BK m.158/1’de “*akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezaî şart kabul edilmiş ise...*” şeklinde yer alan düzenlemenin lafzından, aslında cezaî şartın sadece sözleşmeden doğan borçlar için kararlaştırılabileceği anlamı çıkıyor olsa bile; doktrinde hâkim görüş, sözleşme dışı kaynaklardan doğan alacaklar için de cezaî şart kararlaştırılabileceği şeklindedir. BK dönemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Von Tuhr, Escher, II, §57 I; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.9-11; Tekinay vd., s.343. İsviçre Hukuku için bkz. Oser, Schönenberger, Vor. zu Art. 160-163 OR, Rn.9; Becker, OR 160 N.3; Schoch, s.13-15. İsviçre Hukuku’nda aksi görüş için bkz. Secretan, s.67-68 (*Tunçomağ, s.10’dan naklen*). 6098 sayılı TBK’nın 179.maddesinin birinci fıkrasında yine salt “sözleşme” ibaresine yer verilmiş olsa da mülga kanun

işlemlerden doğan borçlar için cezaî şart kararlaştırıldığına pek rastlanmazken, genellikle uygulamada sözleşmeden doğan borçlar için düzenlenmektedir³²².

2. Cezaî Şart Olarak Kararlaştırılamayacak Edimler

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, cezaî şart pozitif bir edim olabilecektir. Cezaî şart olarak, bir edimin yerine getirilmesi yerine kanundan doğan bir hak veya yetkinin kaybedilmesinin kararlaştırılması, TBK m.179-182 anlamında cezaî şart sayılamayacaktır. Cezaî şart ya yeni ve bağımsız bir edim olmalıdır ya da mevcut borcu artıran bir niteliğe sahip olmalıdır³²³. Dolayısıyla bu görüşe göre kanundan doğan bir hak veya yetkinin kaybı cezaî şart edimi olarak kararlaştırılamayacaktır. Kanaatimizce de bu görüş isabetlidir. Nitekim böyle bir kararlaştırma hak düşürücü kayıt niteliğini haizdir. Fakat hak düşürücü kayıtlara da cezaî şarta ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilecektir³²⁴.

Cezaî şart olarak bir hak veya yetkinin kaybedilmesinin kararlaştırılamayacağına örnek olarak, sigorta yapılırken rizikonun miktarının doğru bildirilmemesi dolayısıyla sigorta şirketinden tazminat talebinin zayi olması, borçlu temerrüdü halinde sözleşmeden dönülmesinin kararlaştırılması gösterilmektedir³²⁵. Fakat bu görüşü Türk Hukuku bakımından ele alan Oğuzman, yapılan ayrımı salt “bağımsız ve yeni edim niteliği taşımadığı” gerekçesi yönünden isabetli bulmayarak, kıyasen cezaî şarta ilişkin kanuni hükümlerin uygulanmasını savunmaktadır³²⁶.

döneminde olduğu gibi sözleşme dışı kaynaklardan doğan alacakların da cezaî şart ile güvence altına alınabileceği kabul edilmektedir. 6098 sayılı Kanun dönemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, s.537, dn.394; Keser, s.21.

³²² Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.9; Oğuzman, Öz, s.537.

³²³ Oser, Schöenberger, Vor. zu Art. 160-163 OR, Rn.3; Bucher, s.522-523. Ayrıca bu tip kararlaştırmaları gerçek cezaî şart olarak saymayan görüş için bkz. Bentele, s.131. Türk Hukuku’nda bu yönde bkz. Oğuzman, Öz, s.540; Bilge, s.77. OR m.162’de yer alan kısmi ödemelerin alacaklıda kalacağına dair düzenleme istisna kabul edilmektedir. Bkz. Koller, § 81, Rn.6. Örneğin borcun ifa edilmemesi halinde borçlunun haklarının sona ereceğine dair taahhüt de asıl borç ilişkisinden ayrı ve bağımsız bir eda bir niteliğinde olmadığından cezaî şart sayılmamalıdır. Bkz. Bilge, s.78-79.

³²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm, IV, G.

³²⁵ Oser, Schöenberger, Vor. zu Art. 160-163 OR, Rn.3; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.13; Bilge, s.79; Kocaağa, s.88; Ekinci, s.43.

³²⁶ Oğuzman, Öz, s.540.

3. Cezaî Şart Ediminin Geçersizliği

Cezaî şart, kural olarak her türlü borç için kararlaştırılabilmektedir, meğer ki kanunen yasaklanmış veya sınırlanmış olsun³²⁷. Dolayısıyla cezaî şart olarak kararlaştırılan husus kanuna, ahlaka veya kişilik haklarına aykırı ise veya imkânsızsa, hükümsüz olacaktır³²⁸. Örneğin vücut bütünlüğünü tehlikeye sokan fiillere izin vermek, bir suç işlemek, birisi ile evlenmek veya cinsel ilişkide bulunmak şeklinde kararlaştırılan cezaî şart geçersiz olacaktır. Fakat bu geçersizlik, TBK m.182/2 uyarınca asıl borcun geçerliliğini etkilemeyecektir³²⁹.

VI. CEZAÎ ŞARTIN ÖZELLİKLERİ

A. Geciktirici Şarta Bağlı Borç Olması

Cezaî şart, sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi haline ilişkin olarak kararlaştırıldığı için, aslında gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir olaya bağlıdır. Bu nedenle hukuki olarak geciktirici şarta bağlı bir edim borcu olarak kabul edilmektedir³³⁰. Cezaî şartın geciktirici şarta bağlı bir edim borcu olarak kabulü dolayısıyla, cezaî şarta ilişkin hükümlerde boşluk bulunması halinde TBK'nın şarta ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır (m.170-176).

İsviçre Hukuku bakımından ise OR m.151 şart kavramını düzenlemektedir. Schoch, her ne kadar benzer yönleri olsa da cezaî şartın “*saf bir şart*” kavramı altında değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır³³¹. Yazar, cezaî şart ile şart kavramının amaç bakımından birbirine yaklaştığını kabul etmektedir. Zira her ikisinin de borçlu üzerinde psikolojik baskı kurduğunu belirtmektedir. Cezaî şart bakımından bu husus, asıl sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi halinde cezaî şart ödenmesi şeklinde

³²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 1. Bölüm, V.

³²⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.69; Von Tuhr, Escher, s.286-287; Oğuzman, Öz, s.540. Bu konuda bir Y.HGK. kararı için bkz. Y.HGK., T.20.03.1974; E.970/1053; K.974/222, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.08.2017.

³²⁹ Oğuzman, Öz, s.540.

³³⁰ Reck, s.109; Bentele, s.44; Santoro, s.6; Oğuzman, Öz, s.535; Eren, s.1211; Nomer, Rn.235.1. Cezaî şartın saf bir şarta bağlı borç olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz. Schoch, s.7.

³³¹ Schoch, s.7 vd..

ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık yazar, bozucu şarta bağlı borçta ise baskının, asıl sözleşmenin etkisini kaybetmemesi için şartın gerçekleşmemesinin sağlanması yoluyla somutlaştığını savunmaktadır³³². Bununla beraber cezaî şartta iki farklı sözleşmenin imzalanması, şartta ise tek sözleşmenin var olduğu dikkate alınmalıdır. Ayrıca bu iki kurum, kusurun olmadığı ispatı ile cezaî şart ödemekten kurtulma imkânı olması, şartın ise kusur kurumundan bağımsız olması yönleriyle birbirlerinden ayrılmaktadır³³³.

Doktrinde bu görüşe karşılık, cezaî şartın geciktirici şarta bağlı bir edim borcu olmasına rağmen, bazen bu şartın ortaya çıkmasının tarafların iradesi ile doğrudan bağlı olduğuna dikkat çekilmektedir. Bunun en güzel örneği olarak, İş Hukuku'nda rekabet yasağı sözleşmesinin borçlu tarafından ihlali gösterilmektedir. Borçlu, sözleşmeden doğan borcunu yerine getirirse, cezaî şart ödemek zorunda kalmayacaktır; ama isterse cezaî şart ödemeyi göze alarak borcunu ihlal edebilir³³⁴.

Doktrinde, cezaî şartı, asıl borca ilişkin ek bir anlaşma olarak nitelendirenler de mevcuttur³³⁵. Cezaî şart, eğer asıl sözleşmenin düzenlenmesinden önce kararlaştırılmışsa, bu durumda iki ayrı şarta bağlı olduğu ifade edilmektedir. Buna göre cezaî şart anlaşması, asıl sözleşmenin düzenlenmesine; hukuki etkisi ise asıl sözleşmeden doğan edim borcuna aykırı davranılmasına bağlıdır³³⁶.

B. Cezaî Şartın Fer'i Niteliği

1. Genel Olarak

Cezaî şart, asıl borcun ifa edilmesinin sağlanmasına hizmet etmektedir. Yani asıl borcun güvencesi olarak kararlaştırılmaktadır. Bunun sonucu olarak ise cezaî şart, asıl borca bağlı bir borç olarak vücut bulmaktadır. Kısacası asıl borç ile cezaî şart talebi

³³² Schoch, s.7-8.

³³³ Schoch, s.7-8.

³³⁴ Theo Guhl, Alfred Koller, Anton Schnyder, Jean Nicolas Druey, **Das Schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Zürich, Schulthess, 2000, s.52; Reck, s.109-110.

³³⁵ Fakat aynı yazar, cezaî şartın asıl sözleşme metninde yer almasının zorunlu olmadığına, sonradan bir yan anlaşma olarak da kararlaştırılabileceğine dikkat çekmektedir. Bkz. Nomer, Rn.235.

³³⁶ Bentele, s.38; Reck, s.100; Schoch, s.21; Von Tuhr, Escher, s.278; Santoro, s.8.

arasında asli-fer'i borç ilişkisi (*die Akzessorietät veya akzessorische Nebenabrede*³³⁷) vardır³³⁸. Bu nedenle asıl borç yoksa, cezaî şart da mevcut değildir. Dolayısıyla cezaî şartın varlığı için, asıl borçla cezaî şart arasında mutlaka asli-fer'i borç ilişkisi bulunması gerekmektedir. Aksi halde cezaî şarttan söz edilemez³³⁹.

Cezaî şart ile asıl borç arasındaki asıllık-fer'ilik ilişkisi, cezaî şartın muaccelliyet anına kadar sürmektedir. Muaccelliyet anından sonra ise cezaî şart bağımsız bir borç halini almaktadır. Dolayısıyla cezaî şart muaccel olduktan sonra asıl borcun herhangi bir nedenle ortadan kalkması, cezaî şart üzerinde etki gösteremeyecektir³⁴⁰. Böylelikle cezaî şart asıl borçtan bağımsız bir hak olarak asıl borcun kaderinden ayrı şekilde talep edilebilecektir³⁴¹.

2. Cezaî Şartın Fer'i Niteliğinin Ortaya Çıkardığı Hukuki Sonuçlar

a. Asıl Sözleşmenin Geçerliliğinin Cezaî Şarta Etkisi

Fer'i niteliği haiz borç, asıl sözleşmeden doğan edimlerden farklıdır; fakat doğumu, devamlılığı ve sona ermesi asıl borcun varlığına bağlıdır³⁴². Cezaî şart

³³⁷ İsviçre ve Alman doktrininde bu terimi kullanan yazarlar için bkz. Bucher, s.523; Reck, s.99 ve 110; Von Tuhr, Escher, s.278; Bentele, s.31; Jauernig, Art 339, N.2.

³³⁸ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.14; Von Tuhr, Escher, s.278; Schoch, s.16; Bucher, s.523; Prütting, Wegen, Weinreich, Vor Art 339, N.2; MüArbR/Reichold, §39, Rn.48; Reck, s.99; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3959; Bentele, s.31; Palandt, **Kommentar**, s.570; Niemann, s.92; Koller, § 81, Rn.4; Saymen, Elbir, s.554; Bilge, s.67; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.15; Oğuzman, Öz, s.541; Tekinay vd., s.342-343; Nomer, Rn.237; Kılıçoğlu, s.973; Akkayan Yıldırım, s.366-367. Yargıtay, "...Cezai şart borçlunun, asıl borcunu ilerde, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği edime denir. Bu sebeple cezaî şart, asıl borca bağlı olarak ve ancak bu borcun ihlali ile doğabilecek olan fer'i bir edimdir..." ifadesiyle cezaî şartın fer'i niteliği olduğu sonucuna varmaktadır. Bu karar için bkz. Y.3.HD., T.19.12.2017, E. 2017/9691, K. 2017/17807, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 23.10.2018.

³³⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.15; Oğuzman, Öz, s.541; Tekinay vd., s.342; MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.14; Jauernig, Art 339, N.17; Haas, Fuhlrott, s.1. Niemann'a göre, cezaî şart anlaşmasının, asıl borca bağlı olmasının sonucu olarak, iki aşamalı kontrol yapılması yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. İlk aşamada hukuka uygun ve geçerli bir asıl borç mevcut mu kontrol edilmeli, eğer geçerli bir asıl borç mevcutsa ikinci aşama olarak geçerli bir cezaî şart anlaşması yapılmış mı sorusuna cevap bulunmalıdır. Bkz. Niemann, s.92.

³⁴⁰ Tuhr/Escher, s.279; Reck, s.100; Santoro, s.10 Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.16; Bilge, s.74; Eren, s.1211; Akkayan Yıldırım, s.367.

³⁴¹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.16; Eren, s.1211; Tuhr/Escher, s.279; Reck, s.100; Santoro, s.10.

³⁴² Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.15; Oğuzman, Öz, s.541; Tekinay vd., s.342-343; Nomer, Rn.237.

bakımından bu hususa TBK m.182/2’de, “*asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmişse, cezanın ifası istenemez*” ifadesi ile yer verilmiştir. Dolayısıyla asıl borç geçersiz ise cezaî şart da geçersiz, yani kesin hükümsüz sayılacaktır³⁴³.

Cezaî şart ile asıl sözleşme arasındaki bağıllık aslında tek taraflıdır. Yani cezaî şart, asıl borca bağılıdır; buna karşılık asıl borç, cezaî şartın varlığına bağlı değildir. Bu husus, TBK m.182/2’de açıkça belirtilmekte olup, esasen bu düzenleme cezaî şartın fer’i niteliğinin bir sonucudur. Bundan ötürü mehz İsviçre OR’da, bu düzenlemeye yer verilmesine gerek duyulmamıştır. Dolayısıyla cezaî şartın ahlaka veya kişilik haklarına aykırılık gibi herhangi bir nedenle geçersiz olması, asıl sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir³⁴⁴.

TBK m.182/2’ye göre asıl borç herhangi bir nedenle geçersizse ya da borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmişse, cezaî şart istenemeyecektir. Yani cezaî şartın sadece doğumu değil, devamlılığı da asıl sözleşmenin varlığına bağılıdır³⁴⁵. Bu kapsama, emredici hükümlere, şekle, ahlaka, kişilik haklarına aykırılık nedeniyle geçersizliğin yanı sıra, muvazaa, ehliyetsizlik, irade bozukluğu ve buna benzer tüm geçersizlik halleri de girmektedir³⁴⁶. Bununla beraber borçlu,

³⁴³ Saymen, Elbir, s.554; Oğuzman, Öz, s.541; Nomer, Rn.237. Türk ve İsviçre Hukuku’nda düzenlemede kast edilenin “kesin hükümsüzlük” olduğu yönünde bkz. Oser, Schönerberger, Art. 163 OR, Rn.2; Bilge, s.67-68; Kocağa, s.156. Mehz İsviçre OR’da bu düzenleme m.163/2’de yer almaktadır. Alman Hukuku’nda benzer bir hüküm BGB m.344’de yer almaktadır. Buna göre asıl sözleşmeden doğan borç kanunen geçersiz ise bu sözleşmenin ihlali haline ilişkin kararlaştırılan cezaî şart da geçersiz olacaktır. Bu hususta bkz. Oser, Schönerberger, Art. 163 OR, Rn.3; Palandt, Art 344, Rn.1; Von Tuhr, Escher, s.278-279; Niemann, s.92.

³⁴⁴ Von Tuhr, Escher, s.279; Saymen, Elbir, s.554; Oğuzman, Öz, s.543-544; Reck, s.100; Santoro, s.7; Nomer, Rn.237.5.

³⁴⁵ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.19; Schoch, s.17; Palandt, **Kommentar**, s.572; Prütting, Wegen, Weinreich, Vor Art 339, N.2; Lohr, s.432; Santoro, s.9; Oğuzman, Öz, s.543; Tekinay vd., s.344; Nomer, Rn.237-237.1.

³⁴⁶ Schoch, s.17-19; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3942 vd.; Lohr, s.432; Santoro, s.7; Oğuzman, Öz, s.542; Tekinay vd., s.344-345; Eren, s.1211; Nomer, Rn.237. BK m.161/2’de cezaî şartın fer’i niteliği mehz Kanun’a uygun olarak daha farklı bir ifade şekline sahipti: “*ceza, kanuna veya ahlâka (âdâba) muğayir bir borcu teyit için şart edilmiş veya hilâfına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez.*”. Bu hükmün yürürlükte olduğu dönemde, sadece kanuna ve ahlaka aykırılıktan bahsedilmesinin bilinçli bir tercih mi olduğu tartışılmıştır. Düzenlemede, örneğin sözleşme kurulurken mevcut imkânsızlık halinin yer almaması İsviçre Hukuku’nda savunulan bir görüşe göre, bu halde cezaî şartın geçerliliğini sürdüreceği anlamına gelmelidir. Bu görüş için bkz. Oser, Schönerberger, Art. 163

beyanından önce borç ihlali gerçekleşmesi halinde cezaî şart talebi fesihten etkilenmeyecektir³⁵¹. İş sözleşmesinde yer alan cezaî şart da sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme tipi olduğundan dönme değil, fesih hükümleri uygulanacaktır.

Cezaî şartın fer'i niteliğinin bir diğer sonucu olarak, asıl borcun ifa yeri neresiyse, cezaî şartın da orasıdır. Kuşkusuz taraflar aksine düzenleme öngörebileceklerdir³⁵². İfa zamanı bakımından da cezaî şart ile asıl borç arasında ilişki mevcuttur. Buna göre cezaî şart, asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali gerçekleşmeden muaccel olmayacaktır³⁵³. Aralarındaki asli-fer'i ilişkinin bir başka sonucu olarak, cezaî şartın asıl borç ile aynı mahkemede dava konusu yapılabileceği de ifade edilmelidir³⁵⁴.

³⁵¹ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.20; Oğuzman, Öz, s.542-543.

³⁵² Schoch, s.17; Becker, Art 160 OR, N.10; Palandt, **Kommentar**, s.572; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.16; Bilge, s.74; Tekinay vd., s.345; Kocaağa, s.162.

³⁵³ Bilge, s.74; Kocaağa, s.162. Asıl sözleşmenin geçersizliğinin, cezaî şart talebine etkisi noktasında bir konu daha ele alınmaya değerdir. Asıl sözleşmeden doğan borcun bir eksik borç olması halinde, bu borca yönelik kararlaştırılan cezaî şartın geçerliliği soru işareti yaratmaktadır. Eksik borcun varlığı halinde borç, cebri icra edilebilirlik niteliğine sahip değildir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Von Tuhr, Escher, s.279; Bilge, s.70. Eksik borcun hiçbir şekilde cezaî şarta bağlanamayacağını kabul etmek doktrinde hakkaniyete uygun görülmemektedir. Bu görüş için bkz. Bucher, s.522; Von Tuhr, Escher, s.279; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.11-12; Bilge, s.70; Oğuzman, Öz, s.538; Tekinay vd., s.344; Eren, s.1211. Nitekim eksik borç mevcutsa, cezaî şartın geçerliliği bakımından doktrinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Öncelikle bir hukuki ilişkiden doğan borç ahlaki nedenlerden veya kamusal ya da ekonomi politikası ile ilgili nedenlerden dolayı kanun koyucu tarafından eksik borç olarak kabul edilmişse, sözleşmenin tarafları bu borcun yerine getirilmesi için hukuken birbirlerini zorlayamayacaktır. Dolayısıyla bu halde cezaî şart da geçersiz olacaktır. Bu borca örnek olarak, kumardan ya da evlenme tellalığından doğan borç gösterilebilir. Eksik borç mevcutsa ve bu borç için cezaî şart kararlaştırılmışsa dava edilemeyecektir. Von Tuhr, Escher, s.279; Schoch, s.17-18; Oğuzman, Öz, s.538; İkinci, s.37. Kumardan doğan borç ile evlenme tellalığından doğan borcu güvence altına alan cezaî şartın kesin hükümsüz olduğu görüşüne karşılık bir başka görüş, asıl borç gibi onu güvence altına alan cezaî şartın da dava hakkı vermeyen bir eksik borç sayılmasını fer'i niteliğine daha uygun görmektedir. Zira bu halde de cezaî şart dava edilemeyecektir; fakat borçlu kendi isteği ile yerine getirirse geri talep edilemeyecektir. Diğer görüşün ileri sürdüğü gibi, cezaî şart kesin hükümsüz sayılıyorsa, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereği iade edilmesi gerekirdi. Bu görüş için bkz. Becker, Art 160, N.9; Bilge, s.71; Tekinay vd., s.344; Kocaağa, s.85. Buna karşılık ikinci ayırım olarak, ahlaki bir borcun ifası veya zamanaşımına uğramış bir borç şeklinde eksik borç mevcutsa, borcun def'i ileri sürülmeden ifası, borçlunun iradesine bağlı bir durumdur. Bu konuda bkz. Bucher, s.522; Von Tuhr, Escher, s.279; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.11-12; Oğuzman, Öz, s.538; Tekinay vd., s.344; Eren, s.1211. Zira bu görüşe göre, eksik borcun ifa edileceğine dair taahhütte bulunulması, bu borcu eksik borç olmaktan çıkartacaktır. Dolayısıyla ahlaki bir borcun ifasına veya zamanaşımına uğramış bir borcun ifa edilmesine yönelik bir cezaî şart kararlaştırılması halinde, ifa etmeme durumunda cezaî şart talep edilebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Von Tuhr, Escher, s.279; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.11-12; Bilge, s.71-72; Oğuzman, Öz, s.538; Tekinay vd., s.344; Eren, s.1211. Schoch, s.19-20.

³⁵⁴ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.25.

b. Şekil Bakımından Sonuçları

Cezaî şart kararlaştırılması TBK m.12 uyarınca, herhangi bir şekil şartına bağlı tutulmamıştır. Fakat kanunda sözleşmeler için öngörülen bir şekil şartı var ise bu şekil, TBK m.12/1 uyarınca geçerlilik şartıdır. Bu şekle uyulmaz ise sözleşme geçersiz olacaktır. TBK m.17 dikkate alınınca, kanunda şekil şartı öngörülmemiş bile olsa sözleşmenin tarafları, asıl sözleşmeyi veya cezaî şart anlaşmasını belirli bir şekle bağlı tutma konusunda anlaşabilirler. Bu halde de belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz³⁵⁵. Fakat aşağıda ayrıca inceleneceği üzere, asıl sözleşme ile cezaî şart anlaşmasının yapılma zamanları farklı ise asıl sözleşmenin sözleşmesel şekil şartının, cezaî şart anlaşmasına etkisi farklılık gösterebilmektedir³⁵⁶.

Cezaî şartın fer'i niteliğinin bir sonucu olarak, eğer asıl sözleşme bir şekil şartına tâbi olarak kurulmuşsa, cezaî şart da kural olarak söz konusu şekle tâbi olarak kararlaştırılmalıdır. Aksi halde şekle uygun imzalanmış asıl sözleşme geçerli, fakat şekle uymadan kararlaştırılan cezaî şart geçersiz olur³⁵⁷.

İsviçre doktrinde kanundaki şekil şartı ile sözleşmeden doğan şekil şartı bakımından bir ayrıma gidilmektedir³⁵⁸. Bu bağlamda asıl sözleşmenin bağlı olduğu şekil şartının cezaî şart anlaşması üzerindeki etkisi, öncelikle kanundaki şekil şartı, daha sonra ise sözleşmedeki şekil şartı bakımından inceleme konusu yapılacaktır.

(1) Asıl Sözleşmenin Kanundaki Şekle Tâbi Olmasının Cezaî Şart Anlaşmasına Etkisi

Asıl sözleşme, kanunda bir şekil şartına tâbi tutulmuş ise kural olarak cezaî şart da fer'i niteliği gereği bu şekil şartı ile bağlıdır. Bu durum, cezaî şart ister asıl sözleşme

³⁵⁵ Şekil şartı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Von Tuhr (Çev. Edege), s.228 vd.; Oğuzman, Öz, I, s.138 vd.; Esener, **Borçlar**, s.167 vd.; Tekinay vd., s.102 vd.; Eren, s.279 vd.; Hatemi, Gökyayla, s.44 vd.;

³⁵⁶ Bentele, s.59; Gauch, Schluep, Schmid, Nr.602.

³⁵⁷ Von Tuhr, Escher, s.278; Schoch, s.21-22; Oser, Schönenberger, Art. 163 OR, Rn.4; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3963; Reck, s.100; Lohr, s.432. TBK m.444 gereği, iş sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet yasağına dair sözleşme veya TBK m.237/2 gereği, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi kanuni şekil şartına örnek verilebilir. Bkz. Bilge, s.76-77; Oğuzman, Öz, s.541-542; Eren, s.1211-1212; Hatemi, Gökyayla, s.380; Kılıçoğlu, s.974.

³⁵⁸ Bu konuda bkz. Bentele, s.55; Santoro, s.8. Bu ayrımı yapmayan yazar için bkz. Bucher, s.524.

kurulmadan önce ister sonra kararlaştırılmış olsun geçerlidir³⁵⁹. Nitekim bu husus TBK m.13’de de düzenlenmiştir.

Asıl sözleşmeden sonra cezaî şart kararlaştırılması, sözleşmenin değiştirilmesi niteliğinde olduğundan, TBK m.13’e göre kanunda öngörülen şekle tâbi sözleşmenin değiştirilmesi de kural olarak aynı şekil şartına uyulmasına bağlıdır. Hatta kanundaki şekle bağlı asıl sözleşmede yer alan cezaî şartın, sadece miktarının artırılması bile aynı şekil şartına tâbi olmasını gerektirmektedir³⁶⁰.

Cezaî şart, asıl sözleşmeden önce imzalanmış; fakat asıl sözleşme için öngörülen kanuni şekil şartına uygun yapılmamışsa, tarafların cezaî şart anlaşmasını sona erdirmek istedikleri yönünde yorum yapılmaktadır³⁶¹.

(2) Asıl Sözleşmenin Sözleşmeden Doğan Şekle Tâbi Olmasının Cezaî Şart Anlaşmasına Etkisi

Asıl sözleşmenin tarafları, asıl sözleşme için kanunda şekil şartı olmamasına rağmen, TBK m.17 uyarınca, sözleşmede şekil şartı öngörebilirler. Bu halde, cezaî şart için bu şekil şartına uyulup uyulmayacağının taraf iradesine bağlı olduğu ifade edilmektedir³⁶².

Taraflar isterlerse sadece cezaî şart anlaşması için özel bir şekil şartı öngörebilecekleri gibi, asıl sözleşme ve buna bağlı olarak cezaî şart anlaşması için de şekil şartı kararlaştırabilirler³⁶³. Doktrinde bir görüş, tarafların iradeleri uyarınca, asıl sözleşmenin şekil şartına nazaran cezaî şart anlaşması için daha ağır şekil şartı öngörülebileceğini savunmaktadır³⁶⁴. Taraflar cezaî şart anlaşması için belirlenen şekil

³⁵⁹ Eren, s.302-303; Kocaağa, s.124 vd..

³⁶⁰ Von Tuhr (Çev. Edege), s.237-238; Eren, s.302-303; Kocaağa, s.125.

³⁶¹ Bentele, s.56-58; Santoro, s.8. Ayrıca bu konuda fer’i hakların, tamamlayıcı niteliğe sahip olup olmadığını gözeterek inceleme yapan görüş için bkz. Von Tuhr (Çev. Edege), s.238-239.

³⁶² Bentele, s.59; Santoro, s.8.

³⁶³ Gauch, Schlupe, Schmid, Rn.608; Bentele, s.58.

³⁶⁴ Bu görüş için bkz. Reck, s.100.

şartına uymamışlarsa, TBK m.17'deki kural uygulama bulacaktır. Yani belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme, tarafları bağlamayacaktır³⁶⁵.

Sözleşme serbestisi ilkesi gereği taraflar, asıl sözleşme için kararlaştırdıkları şekil şartının kapsamını diledikleri gibi belirleyebilirler. Dolayısıyla uyuşmazlık halinde ilk atılacak adım, bu konuda tarafların iradesini araştırmak olmalıdır. Taraf iradesinin ne yönde olduğu konusunda çözüme ulaşılamazsa, asıl sözleşme için kararlaştırılan şeklin, cezaî şart anlaşması için de uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir³⁶⁶. Kanaatimizce cezaî şartın fer'i niteliği gözetilerek, uyuşmazlık halinde cezaî şart anlaşmasının da asıl sözleşme için belirlenen şekle tâbi olduğu kabul edilmelidir.

Asıl sözleşme ile cezaî şart anlaşmasının aynı zamanda kurulmaması halinde ise konu daha karmaşık bir hal almaktadır. Asıl sözleşmeden önce kararlaştırılan cezaî şart anlaşmasının, karine olarak asıl sözleşme için kararlaştırılan şekil şartına tâbi olduğu ileri sürülmektedir. Aksi halde kanundaki şekil şartına uyulmamasında olduğu gibi, tarafların cezaî şart anlaşmasını sona erdirdikleri sonucu doğacağı ifade edilmektedir³⁶⁷. Buna karşılık Türk Hukuku'nda şekil serbestisinin kural olması gerekçesiyle, bizim de katıldığımız aksi görüş tarafından, asıl sözleşmenin tâbi olduğu şekil şartının, bu sözleşmeden önce imzalanan cezaî şart anlaşmasını kapsamadığı ileri sürülmektedir³⁶⁸.

Asıl sözleşmeden sonra kararlaştırılan cezaî şart için sözleşmeden doğan şekle uyulmamış olması da mümkündür. Eğer bu halde, asıl sözleşmede farklı bir hüküm yoksa, taraf iradesinin cezaî şart anlaşmasının şekilden muaf tutulması yönünde olduğu isabetli olarak kabul edilmektedir³⁶⁹. Bu halde sözleşmenin değiştirilmesini düzenleyen TBK m.13, sadece kanundaki şekle ilişkin bir düzenleme öngördüğünden, iradi şekil için uygulama alanı bulmamaktadır³⁷⁰.

³⁶⁵ Bentele, s.59; Keller, Schöbi, s.24; Tekinay vd., s.135.

³⁶⁶ Bentele, s.59; Kocağa, s.126.

³⁶⁷ Santoro, s.9.

³⁶⁸ Bentele, s.60.

³⁶⁹ Bentele, s.60; Santoro, s.9.

³⁷⁰ Von Tuhr (Çev. Edege), s.240; Tekinay vd., s.136; Eren, s.304.

VII. CEZAÎ ŞARTIN TALEP EDİLME ŞARTLARI

A. Cezaî Şartın Muaccel Olma Zamanı

Cezaî şartın talep edilebilmesi için muaccel olması gerekmektedir. Bununla birlikte cezaî şart anlaşması daha önce de ifade edildiği üzere geciktirici şarta bağlı bir borç ilişkisi oluşturmaktadır³⁷¹. Geciktirici şart ise, borçlunun asıl sözleşmeyi kanunda yazılı şekilde ya da taraflarca kararlaştırılan şekilde ihlal etmesi halinde gerçekleşmektedir³⁷². Bu durumda cezaî şart talebi (*Strafforderung*) ileri sürülebilir hale gelmektedir; başka bir deyişle muaccel olmaktadır³⁷³. Bir görüşe göre kanunda yazılı şekilde veya taraflarca kararlaştırılan şekilde muacceliyet zamanı belirlenebileceği gibi, bu husus hukuki ilişkinin doğasından da anlaşılabilecektir³⁷⁴. Nitekim TBK m.90'da (OR m. 75) “*ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.*” ifadesine yer verilmesi suretiyle, Türk ve İsviçre Hukuku'nda kanunen belirlenen muacceliyet anı dışında bu iki hale dikkat çekilmiştir.

Cezaî şartın muaccel hale geldiği zaman denilince, tek başına talep edilebileceği zaman anlaşılmaktadır. Bu zaman ise asıl sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmediği ya da borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmediği an olarak karşımıza çıkmaktadır³⁷⁵. Cezaî şart talebinin ortaya çıktığı zamanın tespiti, cezaî şart anlaşmasının içeriğine bağlıdır³⁷⁶. Cezaî şartın ne zaman muaccel olacağına dair sözleşmede herhangi bir hüküm yoksa, bu halde TBK m.90 devreye girecektir. Yani borca aykırılık meydana geldiği anda, alacaklı cezaî şartın ifasını talep edebilecektir³⁷⁷.

³⁷¹ Bkz. 1. Bölüm, V, A.

³⁷² Gauch, Schluep, Rey, Rn.3918.

³⁷³ Von Tuhr, Escher, s.280; Schellhammer, Rn.1494; Bentele, s.71-72.

³⁷⁴ Bentele, s.83.

³⁷⁵ Von Tuhr, Escher, s.280; Schoch, s.34-35; Eren, s.1211.

³⁷⁶ Von Tuhr, Escher, s.280; Bentele, s.80-81.

³⁷⁷ Bentele, s.83; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3924; Reck, s.134; Eren, s.1211. Kural bu olmakla beraber bazı hallerde borçlunun, muaccel olan cezaî şartı ödemekten kaçınma hakkı vardır; zira borçlu bir def'i hakkına sahiptir. Bu hususa tipik örnek olarak borçlunun zamanaşımı def'i ileri sürmesi gösterilmektedir. Bu noktada akla cezaî şart anlaşmasının, asıl sözleşme ile arasında asli-fer'i borç ilişkisi olması bağlamında asıl sözleşme için borçlunun sahip olduğu def'ileri cezaî şartın muaccel olması halinde kullanıp kullanamayacağı sorusu gelmektedir. Doktrinde hâkim görüş, asıl sözleşmeden doğan borç için borçlunun sahip olduğu def'ileri cezaî şart talep edilmesi halinde de ileri sürebileceği

Bu noktada belirtilmelidir ki belirli bir vadeye bağlanmış borçlar bakımından cezaî şartın muaccel olmasına ilişkin olarak TBK m.117 uygulanacaktır. Dolayısıyla cezaî şartın muaccel olması için, asıl sözleşmeden doğan borcun belirlenen vadede ifa edilmemesi aranmaktadır³⁷⁸. Buna karşılık Türk Hukuku'nda belirli bir vadeye bağlanmamış borçlar bakımından muacceliyet için borçlunun temerrüde düşürülmesi gerekip gerekmeyeceği hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, cezaî şartın muaccel olacağı zamana dair taraflar aralarında anlaşmamışsa, asıl borcun ifasının borçludan istenebildiği anda cezaî şartın muaccel olacağı ileri sürülmektedir. Bu sebeple borçlunun ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek yoktur. Nitekim cezaî şartın muaccel olması için borçlunun kusuru yanında bir de borçlunun ihtar çekilerek temerrüde düşürülmesinin aranması, cezaî şartın amaçları da gözetilerek isabetli bulunmamaktadır³⁷⁹.

Diğer bir görüşe göre, alacaklının borcunu ifa etmeyen borçludan aynen ifa yerine cezaî şartı talep etmesi için önceden ihtarda bulunması zorunludur. Zira cezaî şart müspet zarar olup, BK m.106'a göre (TBK m.123) her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde müspet zararın tazmini için borçlunun temerrüde düşürülmesi gerekmektedir³⁸⁰. Bununla beraber aynı yazarlar, kanun hükmüne dayanan görüşlerine karşılık, cezaî şart istenebilmesi için süre tayini ve benzeri formalitelerden kaçınılmasının daha isabetli olacağını da eklemektedir. Zira borcun ifa edilmemesi

yönündedir. Buna örnek olarak iki def'i verilmektedir: İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun sahip olduğu ödemezlik def'i ile cezaî şart henüz muaccel olmadan önce asıl borcun zamanaşımına uğradığı def'i. Nitekim bu görüşe göre, borçlunun asıl sözleşmeden doğan borç için def'i hakkını kullanarak borcunu ifadan kaçınabileceği bir halde, cezaî şart talebini yerine getirilmek zorunda bırakılması isabetsiz olacaktır. Bkz. Bentele, s.84; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3924; Becker, Art 160 OR, N.9; Schoch, s.41; Bucher, s.523; Schöbi, s.88. Ancak bu ihtimal için, asıl sözleşmeden doğan borca karşı ileri sürülebilecek zamanaşımı def'inin, cezaî şart muaccel olmadan önce ortaya çıkması gerekmektedir. Bu konuda bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.20; Becker, Art 160 OR, N.9; Erman/Schaub, Art 339, Rn.3; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.15; Oğuzman, Öz, 543; Tekinay vd., s.344-345. Oğuzman, zamanaşımına uğramış borca ilişkin cezaî şartın ödenmesinden kaçınılabileceğini kabul etmekle beraber, zamanaşımına uğramış borcun ifa edilmesine ilişkin bir anlaşma yapılması halinde cezaî şartın talep edilebileceğine dikkat çekmektedir. Bkz. Oğuzman, Öz, s.538. Esasen TBK m.152'de asıl alacağın zamanaşımına uğramasının, ona bağlı faiz ve diğer alacakların da zamanaşımına uğramış sayılmasına yol açacağı açıkça belirtilmiştir. Bu yönde bkz. Bentele, s.106; Gauch, Schluep, Rey, Rn.4061; Tekinay vd., s.1073.

³⁷⁸ Bentele, s.81-82; Bucher, s.526; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.95.

³⁷⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.95-96; Bilge, s.89; Arsebük, s.984; Hatemi, Gökyayla, s.378; Keser, s.25; Cansel, Özel, s.729; Kocaağa, s.215; Günay, s.104-105.

³⁸⁰ Tekinay vd., s.349; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s.63.

halinde cezaî şart ödenmesinin kararlaştırılması, temerrüt halinde aynen ifanın yetersiz kalacağını önceden öngörmüş olmalarından kaynaklanmaktadır³⁸¹.

İsviçre doktrininde de alacaklının cezaî şart talebinin doğması için borçlunun temerrüde düşürülmesi mi gerektiği yoksa borçlunun gecikmesinin yeterli mi olduğu konusu tartışılmaktadır. Eğer taraflar sözleşmede vade belirlemişlerse, bu vadenin geçmesi ile borçlu temerrüde düşecektir (*OR m.102/2*). Bu halde cezaî şart talebi, borçlunun geciktiği anda ortaya çıkmaktadır³⁸². Taraflar sözleşmede böyle bir vade belirlememişlerse, bir görüşe göre borçlunun ifada gecikmiş olması yeterlidir. Hatta bu durumda ihtar gerek dahi yoktur³⁸³. Bu görüşü eleştiren diğer bir görüşe göre ise eğer bir vade belirlenmemişse, borçlunun sorumlu olması, alacaklı tarafından borcun ifası için açık bir ihtar yapılmasına bağlıdır. Böylelikle borçlunun, sözleşmeyi ihlal ettiği zaman tespit edilebilecek ve borçlu temerrüde düşürülmüş olacaktır. Dolayısıyla alacaklı, eğer bir vade belirlenmişse vadenin geçmesi; eğer bir vade belirlenmemişse borçlunun bir ihtarla temerrüde düşürülmesi halinde cezaî şart talep hakkı elde edecektir³⁸⁴. Alman Hukuku'nda ise cezaî şartın muacceliyeti BGB m.339'da açıkça borçlunun temerrüde düşürülmüş olmasına bağlandığından bu konuda bir tartışma yoktur.

Kanaatimizce de cezaî şart için kanunda öngörülmeyen bir ihtar yükümlülüğü getirilmesi her ne kadar ispat kolaylığı sağlasa da alacaklıya ek bir yükümlülük getirdiğinden isabetli bir çözüm değildir. Borcun ihlal edildiği anda, cezaî şartın muaccel olduğu kabul edilmelidir.

Cezaî şart anlaşması yapılan zaman ile geciktirici şartın gerçekleşmesi sonucu cezaî şart talep edilebilecek zaman arasında, cezaî şart anlaşmasının askıda olduğu ifade edilmektedir³⁸⁵. Cezaî şart askıdayken, doğal olarak alacaklı cezaî şartı talep

³⁸¹ Buna karşılık aynı yazarlara göre, alacaklının aynen ifada direnmesi durumunda sonradan cezaî şart isteyebilmesi, borçluya süre tayin edilmesi ve bu süre içinde aynen ifanın gerçekleşmemesi halinde mümkündür. Bu konuda bkz. Tekinay vd., s.349.

³⁸² Bentele, s.81; Bucher, s.526.

³⁸³ Von Tuhr, Escher, s.280; Becker, Art 160 OR, N.19; Oser, Schönenberger, Vor. Art 160-163 OR, N.20; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3918; Schoch, s.35.

³⁸⁴ Schenker, s.75-76; Koller, N.158; Bucher, s.506; Bentele, s.81-82. Bu konuda ayrıca bkz. Schoch, s.35-37.

³⁸⁵ Bentele, s.72; Gauch, Schluep, Rey, Rn.4126.

edemeyecektir. Şayet alacaklının menfaati varsa, geciktirici şarta bağlı ceza yükümlülüğünün mevcut olup olmadığına dair tespit davası açabilmesi mümkündür³⁸⁶. Hâkim görüş tarafından alacaklının, cezaî şarta yönelik beklenen bir hakkı (*die Anwartschaft*) olduğundan söz edilmektedir³⁸⁷. Borçlunun da bu süreçte alacaklının durumunu etkileyecek davranışlardan kaçınması ve dürüstlük kuralına uygun davranması beklenmektedir³⁸⁸.

B. Cezaî Şartın Muaccel Olma Şartları

Cezaî şartın talep edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlar kapsamında, cezaî şart anlaşması ve asıl sözleşmenin varlığı yukarıda açıklanmıştı. Bu iki unsurun geçerli olarak mevcut olduğu varsayımında, cezaî şart talep edilebilmesi için gereken diğer şartlar neler, bu başlık altında izah edilecektir. Bunlar, borca aykırılığın meydana gelmesi ve kusur olarak sınıflandırılabilir. Buna karşılık TBK m.180/1 (OR m.161/1) uyarınca, zarar olmadan da cezaî şart talep edilebileceği düzenlendiğinden zarar, cezaî şart talebi için aranan bir şart olarak addedilemeyecektir. Bununla birlikte taraflar, cezaî şartın muaccel olması için alacaklının bir zarara uğraması gerektiği yönünde düzenleme yapabileceklerdir³⁸⁹.

1. Borca Aykırılığın Meydana Gelmesi

Borca aykırılığın meydana gelmesi ile kast edilen, cezaî şart anlaşmasında kararlaştırılan; ancak anlaşma yapılırken ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen, asıl sözleşmeden doğan borca aykırılık durumunun ortaya çıkmasıdır³⁹⁰. Borca aykırılık hali, bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda ortaya çıkabileceği gibi, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi şeklinde de görünüm kazanabilecektir. İki hal arasında, muacceliyet şartları bakımından herhangi bir farklılık yoktur. Fakat muaccel olan cezaî şartın hükümleri, TBK

³⁸⁶ Gauch, Schluep, Rey, Rn.4135; Bentele, s.72.

³⁸⁷ Bucher, s.510; Gauch, Schluep, Rey, Rn.4126; Tuhr/Escher, s.264.

³⁸⁸ Guhl, Merz, Kummer, s.51; Bentele, s.72.

³⁸⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.93-94; Keser, s.24.

³⁹⁰ Becker, Art 160 OR, N.19; Oser, Schönenberger, Vor. zu Art. 160-163 OR, Rn.20; Bentele, s.75; Bucher, s.526; Schoch, s.35.

m.179’da farklı düzenlemeye tâbi tutulmuştur. Bu nedenle bu başlık altında, ifanın belirlenen zaman veya yerde gerçekleştirilmemesine kısaca yer verilmiş olup, konunun ayrıntıları cezaî şartın türleri başlığı altında ayrıca ele alınmıştır³⁹¹.

Tarafların, asıl sözleşmenin somut bir ihlali için kararlaştırma yapmaları halinde, sadece borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi cezaî şartın ortaya çıkmasına neden olmaz. Borca aykırılığın, sözleşmede taraflarca kararlaştırılan şekilde gerçekleşmesi gerekir³⁹². Dolayısıyla taraflarca, örneğin asıl borç için bir vade belirlenmişse, asıl sözleşmeden doğan borcun vadesinin geçmesi, borca aykırılığın gerçekleşmesi anlamına gelecektir³⁹³. Bununla birlikte taraflar, sözleşmede ihtarda bulunulması gerektiğini kararlaştırmışlarsa, cezaî şartın muaccel olması için ihtarda bulunulması aranacaktır.

Cezaî şarta bağlanan borcun konusu verme, yapma veya yapmama şeklinde her türlü edim olabilir³⁹⁴. Ancak bu edimlerden hangisinin borca aykırılığın gerçekleşmesine sebep olduğu, cezaî şart anlaşmasının içeriğine bakılarak tespit edilebilecektir³⁹⁵. Taraf iradesinden bir sonuca varılamazsa, cezaî şart anlaşmasının yorumlanması yoluna başvurulmalıdır³⁹⁶.

a. Verme veya Yapma Borcu Halinde

Verme veya yapma borçlarında, borçlunun asıl sözleşmeden doğan borcuna aykırı davranması halinde cezaî şart muaccel olacaktır. Eğer asıl sözleşmeden doğan verme veya yapma borcunun borçlusu tek kişi ise sözleşmede aksine bir düzenleme olmadıkça, borcun ihlal edilmesi ile birlikte cezaî şart ödeme borcu muaccel hale gelecektir³⁹⁷.

Verme veya yapma borcunun cezaî şart yoluyla güvence altına alınması halinde, borçlu tarafında birden fazla borçlu varsa ve edim bölünebilir nitelikteyse,

³⁹¹ Bkz. 1. Bölüm, VIII, B.

³⁹² Bentele, s.75; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.97.

³⁹³ Schoch, s.36; Von Tuhr, Escher, s.280; Bentele, s.75.

³⁹⁴ Von Tuhr, s.764; Tekinay vd., s.343; Oğuzman, Öz, s.540.

³⁹⁵ Bentele, s.75; Santoro, s.11.

³⁹⁶ Bentele, s.75; Bucher, s.526; Kocağa, s.217.

³⁹⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.98; Eren, s.1211.

sadece borca aykırı davranışta bulunan borçlu için cezaî şart muaccel olacaktır. Borçlu, kendisine düşen pay kadar cezaî şart ödeme yükümlülüğü altına girecektir³⁹⁸. Verme veya yapma borcunun mevcut olması halinde, borçlu tarafında birden fazla kişinin olması ve edimin bölünemez niteliğe sahip olması imkân dâhilindedir. Bu halde sadece tek bir borçlu asıl sözleşmeden doğan borca aykırı davranmış bile olsa, cezaî şartın tamamı muaccel olacaktır. Dolayısıyla cezaî şartın tamamı, borca aykırı harekette bulunmamış bile olsa herhangi bir borçludan talep edilebilecektir. Bölünemez niteliğe sahip cezaî şart ödeme borcu bakımından TBK m.162 vd. maddelerinde düzenlenen müteselsil borç için geçerli olan kurallar uygulanabilecektir³⁹⁹. Buradan hareketle belirtilmelidir ki müteselsil borçluların tamamı borca aykırılık halinde cezaî şart ödemeyi taahhüt etmişse, içlerinden yalnızca biri borca aykırı davranmış bile olsa her biri cezaî şartın tamamından sorumlu olacaktır. Fakat müteselsil borçlulardan sadece biri cezaî şart taahhüt etmişse, TBK m.165'deki müteselsil borçlulardan birinin kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz kuralı uyarınca, sadece bu borçlu cezaî şart ödemekle yükümlü olacaktır⁴⁰⁰.

b. Yapmama Borcu Halinde

Yapmama borcuna karşılık cezaî şart anlaşması yapılmışsa, borçlunun söz konusu borcunu ihlal etmesi, borca aykırılığın ortaya çıkmasını sağlamak için yeterlidir⁴⁰¹. Sır saklama yükümlülüğüne ya da iş sözleşmesi sona erdiken sonra işveren ile rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı davranılması bu duruma örnektir.

Türk Hukuku'nda, yapmama borcu halinde cezaî şartın muaccel olmasına yönelik açık düzenleme öngörülmemesine rağmen, Alman Hukuku'nda BGB m.339'un ikinci cümlesinde açıkça bu hususa dikkat çekilmiştir⁴⁰². Geçmiş dönemde

³⁹⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.98-99; Kocaağa, s.226; Günay, s.115.

³⁹⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, .99. Müteselsil borç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Von Tuhr, Escher, s.297 vd.; Becker, Vor. zu Art 143-150, N.1 vd.; Oğuzman, Öz, s.463 vd.; Eren, s.1228 vd.; Tekinay vd., s.285 vd.; Tunçomağ, **TBK**, s.1034 vd..

⁴⁰⁰ Gauch, Schluep, Rey, Nr.3937; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.99; Kocaağa, s.227; Cansel, Özel, s.729.

⁴⁰¹ Bentele, s.76; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.99.

⁴⁰² Yapmama borcuna karşılık cezaî şart kararlaştırılmasına dair BGB m339'un ikinci cümlesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art339, Rn.37; Palandt, **Kommentar**, s.572; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 339, N.2; Schellhammer, Rn.1494. İsviçre Hukuku için bkz. Schoch, s.36. Yapmama borcuna BGB m.339'un ikinci cümlesinde özel olarak yer verilmesinin nedeni olarak,

Alman doktrinde ve yargı kararlarında, yapmama borcunun ihlalde borçlunun sorumluluğu olmasa bile cezaî şartın ödenmesi gerektiği kabul edilmekteyken; bugün ise yapmama borcunun ihlalde borçlunun sorumluluğunun olması gerektiği savunulmaktadır⁴⁰³.

Türk, İsviçre ve Alman doktrinde, yapmama borcunu ihlal edici davranışa hazırlık hareketinin borca aykırılığın oluşmasına neden olup olmayacağı tartışılmaktadır. Becker'e göre, kural olarak böyle bir durumda borca aykırılık meydana gelmez. Bizim de katıldığımız bu görüş bakımından örneğin, borçlunun iş sözleşmesi henüz devam ederken rakip şirketle görüşmeler yapması veya rekabet yasağı süresi başlar başlamaz işe başlayabilecek aşamaya gelmesi, borca aykırılık gerçekleştiği anlamına gelmez. Borçlunun bizzat rekabet yasağı süresi içinde, rakip şirkette işe başlaması veya rekabet edici herhangi bir davranışta bulunması beklenir⁴⁰⁴. Tunçomağ da yapmama borcu halinde hazırlık hareketlerinin, cezaî şartı muaccel kılmayacağını savunmaktadır. Zira aksi halin kabulü, örneğin rekabet yasağı halinde, rekabet yasağı süresinin fiilen uzaması sonucunu doğuracaktır⁴⁰⁵.

Yapmama borcunun birden çok ihlali halinde ne olacağı konusu da tartışmalıdır. Her bir tekrar eden sözleşme ihlali için cezaî şart kararlaştırılması durumunda toplam cezaî şart miktarı oldukça artacaktır. Bu sorunun aslında cezaî şart anlaşmasının içeriği ve yorumu ile çözümlenebileceği, yorum yapılırken de sözleşmenin lafzı ve amacının yanı sıra ekonomik sonuçlarının da önemli olduğu ifade edilmektedir⁴⁰⁶. Bir görüş, eğer cezaî şart anlaşmasının yorumundan ihlal edici davranış olarak hukuken tek bir eylemin kabul edilmesi sonucu çıkartılması mümkünse ve aksine düzenleme de öngörülmemişse, cezaî şartın bir defa ödenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla borçluyu, cezaî şartın katlanarak artması

yapmama borcunun niteliği gereği temerrüitten söz edilemeyeceği gösterilmektedir. Bu nedenle kanun koyucu tarafından, yapma ve verme borçları için birinci cümlede yer alan "*temerrüt*" ibaresi dikkate alınarak, yapmama borcunun ayrı bir cümlede düzenlenmesi uygun görülmüştür. Bununla beraber birinci cümlede aranan diğer unsurlar, örneğin borçlunun kusuru gibi, ikinci cümle için de geçerlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art339, Rn.38.

⁴⁰³ MüKoBGB/ Gottwald, Art339, Rn.38; Erman/Schaub, Art 339, Rn.7. Lindacher, s.2264.

⁴⁰⁴ Becker, Art 160, N.22. Aynı görüşte bkz.Erman/Schaub, Art 339, Rn.8.

⁴⁰⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, 99. Aynı görüşte bkz. Bilge, s.90.

⁴⁰⁶ Bucher, s.526; Bentele, s.77; Becker, Art 160, N.23-24; Palandt, **Kommentar**, s.572; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 339, N.6-8; Jauernig, Art 339, N.22; Schellhammer, Rn.1498; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.19.

yükünün altına sokmamak adına, sözleşmeden aksi anlaşılmıyorsa kanaatimizce de borçlu lehine yorum yapılmalıdır⁴⁰⁷. Eğer yapmama borcuna aykırı bir hareket ile aynı alacaklı bakımından belirlenen çift cezaî şart vaadi ihlal edilmişse, bir edime karşılık birden fazla ceza olmaz ilkesi gereği (*StGB m.52/2*), Alman mahkemeleri ve doktrin yüksek miktarda olan cezaî şartın geçerli olacağını kabul etmektedir⁴⁰⁸. Kanaatimizce bu görüş, Türk Hukuku bakımından da uygulanabilir. Kuşkusuz borçlu aynı hareketi ile iki farklı alacaklı ile imzalanan cezaî şart anlaşmalarını ihlal ederse, her iki cezaî şart da muaccel olacaktır. Buna karşılık borçlunun, tek bir hareketi ile birden çok yaptırımla karşılaşmış olması, cezaî şartın miktarının indirilmesi bakımından dikkate alınacak bir ölçüt haline gelecektir⁴⁰⁹.

Yapmama borcu halinde cezaî şartın muacceliyeti konusu kapsamında ele alınması gereken bir diğer husus ise cezaî şartla güvence altına alınan yapmama borcunun birden fazla borçlusunun olması halidir. Gerçekten de yapmama borçlarının genellikle bölünemeyen edim niteliği taşıdıkları dikkate alındığında, bu edimin bir bütün olarak ifa edilmesi gerekecektir. Dolayısıyla borçlular arasından bir kişinin bile borca aykırı davranışı, cezaî şartın tamamının muaccel olmasına ve her bir borçludan sorumlu olduğu oranda istenebilmesine yol açacaktır⁴¹⁰. Aynı husus müteselsil borçlular için de geçerlidir. Müteselsil borç halinde, borçlulardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, cezaî şart tüm borçlular için muaccel olacaktır. Bu halde cezaî şartın tamamının, kusuru olmasa dahi borçluların herhangi birinden talep edilmesi mümkündür⁴¹¹. Kuşkusuz diğer borçlulara rücu hakkı saklıdır⁴¹².

⁴⁰⁷ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.40; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 339, N.8; Erman/Schaub, Art 339, Rn.9. Karş. Lohr, s.436.

⁴⁰⁸ Bu konuda bkz. OLG Frankfurt, NJW-RR, 1992, 620. Doktrinde söz konusu görüş için bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.41.

⁴⁰⁹ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.41.

⁴¹⁰ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.100. Ayrıca bkz Becker, Art 160 OR, N.23.

⁴¹¹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.100.

⁴¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Becker, Art 148 OR, N.1-2; Von Tuhr, Escher, s.312 vd.; Oğuzman, Öz, s.481 vd.; Tekinay vd., s.314 vd.; Eren, s.1238 vd.

c. İfa Zamanında Gecikme Olması veya İfanın Belirlenen Yerde Yapılmaması

Cezaî şartın muaccel olması için ifa zamanında gecikme olması veya ifanın belirlenen yerde yapılmaması şartı, aslında kanaatimizce ayrı bir şart olarak değil, borca aykırılığın gerçekleşmesinin özel bir hali olarak sınıflandırılabilir. TBK m.179/2’de (*OR m.160/2; BGB m.339*) açıkça, cezaî şartın borcun belirlenen zamanda veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmış olması haline yönelik düzenleme getirilmiştir. Buna göre, alacaklı haktan açıkça feragat etmedikçe veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir. Bu nedenle kanun koyucu, cezaî şartın muaccel olmasının hükümleri bakımından gereği gibi ifa etmeme halini TBK m.179/1’ tâbi kılmışken, borcu gereği gibi ifa etmemenin özel bir görünümü olan, belirlenen zaman veya yerde ifa etmeme halini ise TBK m.179/2’de farklı bir hukuki sonuca bağlamayı uygun görmüştür. Buna karşılık bu iki hal arasında muacceliyet şartları ve zamanı bakımından herhangi bir farklılık mevcut değildir.

Cezaî şart anlaşmasında ifa zamanında gecikme olması hali için cezaî şart belirlenmişse, gecikme olayı gerçekleştiği an cezaî şart talep hakkı doğacaktır⁴¹³. Dolayısıyla ifa zamanında gecikme, cezaî şart talep hakkı doğuran bir borca aykırılıktır. TBK m.179/2’de de sözleşmenin ifasında gecikmenin meydana gelmesinin cezaî şartı muaccel hale getireceği belirtilmiştir. Aynı husus, ifanın kararlaştırılan yerde gerçekleştirilmemesi halinde de geçerlidir⁴¹⁴.

⁴¹³ Bentele, s.81; Bucher, s.526; Santoro, s.11; Schellhammer, Rn.1494.

⁴¹⁴ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.32.

2. Borçlunun Kusuru

Hukukumuzda gerek sözleşmeden doğan sorumluluk gerekse sözleşme dışı sorumluluk olsun, tazminat talebi için kural olarak borçlunun kusurlu olması aranmaktadır. Aynı şekilde borca aykırılık haline yönelik kararlaştırılan cezaî şartın talep edilebilmesi için, borçlunun kusurunun bulunması genel olarak kabul görmektedir. Esasen cezaî şart talep edebilmek için sözleşmenin ihlalinde borçlunun kusurunun aranıp aranmayacağı sorusunu cevaplayabilmek için öncelikle cezaî şart anlaşmasının içeriğine bakılmalıdır. Bununla birlikte cezaî şart anlaşmasında aksine hüküm yoksa kural olarak borçlunun kusurlu olması şarttır⁴¹⁵. Burada kast edilen kusur, kast, ağır ihmal veya hafif ihmal fark etmeksizin tüm kusur çeşitlerini içermektedir. Kusurun derecesi sadece TBK m.182/3 uyarınca hâkimin indirim yetkisini kullanırken dikkate alabileceği bir ölçüttür⁴¹⁶.

TBK m.182/2’de (OR m.163/2) açıkça ifade edildiği üzere, borçlunun kusuruna dair söz konusu düzenlemenin aksi kararlaştırılabilecektir⁴¹⁷. Alman Hukuku’nda, BGB m.339’da ise kusurun aksinin kararlaştırılabileceğine ilişkin açık bir hüküm olmadığından, hükmün hukuki niteliği tartışmalıdır. Bazı yazarlar, cezaî şartın muaccel olması için borçlunun kusurunun olmazsa olmaz bir şart olmadığına dikkat çekmektedir. Dolayısıyla taraflar, cezaî şart talebi için kusur aranmayacağını kararlaştırılabilecektir⁴¹⁸. Buna karşılık diğer görüşe göre, cezaî şart kararlaştırılması için mutlaka borçlunun kusuru aranmalıdır. Zira kusurdan bağımsız olarak kararlaştırılan cezaî şart, borçluyu katlanılamaz yükümlülük altına sokabilecek olup, kişilik hakkı üzerinde olumsuz etki gösterecektir⁴¹⁹.

⁴¹⁵ Becker, Art 160 OR, N.24; Bentele, s.78-79; Koller, Nr.74; Oğuzman, Öz, s.550; Tekinay vd., s.359-360.

⁴¹⁶ Oğuzman, Öz, s.550-551.

⁴¹⁷ Schoch, s.40; Becker, Art 163 OR, N.4; Oğuzman, Öz, s.551; Bilge, s.92; Eren, s.1215. Ayrıca bkz. Bucher, s.526-527.

⁴¹⁸ Palandt, **Kommentar**, s.572; Jauernig, Art 339, N.19; Oser, Schönenberger, Art 160-163, N.20. Buna karşılık Türk Hukuku’nda Eren, cezaî şart ödeme yükümlülüğünün borçlunun kusuru bulunması şartına bağlı olmadığını, kusursuz imkânsızlığa dair TBK m.182/2 hükmünün, cezaî şartın fer’i niteliğinden kaynaklandığını ileri sürmektedir. Yazar, tarafların aksine bir anlaşma yapmasının mümkün olduğunu; böylelikle kusursuz ifa imkânsızlığı halinde de cezaî şart ödenmesinin sağlanabileceğini belirtmektedir. Bkz. Eren, s.1214-1215. Aynı yönde bkz. Keller, Schöbi, s.114.

⁴¹⁹ Lindacher, s.91; Santoro, s.47.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda savunulan görüşe göre ise cezaî şart anlaşmasında eğer taraflar borçlunun kusuruna ilişkin bir kararlaştırma yapmamışlarsa, TBK m.182/2 devreye girmelidir. Nitekim TBK m.182/2, tamamlayıcı niteliğe sahiptir. Şöyle ki kanun koyucu, zararın tazmin edilmesini nasıl borçlunun kusurunun varlığına bağlamışsa, cezaî şart talep edebilmek için de borçlunun kusurlu olması şartını aramaktadır⁴²⁰. Kanunda yer alan açık hükme rağmen doktrinde bazı yazarlar, kusur şartının aksinin kararlaştırılmasının, İş Hukuku'nda geçerli olan işçinin korunması ilkesine aykırılık oluşturacağını ileri sürmektedir. Dolayısıyla işçinin kusuru olmaksızın sözleşmeden doğan borcunu ihlal etmesi halinde, cezaî şart ödemekle yükümlü tutulamayacağı savunulmaktadır⁴²¹. Kanaatimizce de borçlunun kusurunun aranmadığı bir cezaî şart anlaşması, borçlu için tam anlamıyla bir cezaya dönüşeceğinden, adaletsiz sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle kanundaki bu ifadenin tekrar düzenlenmesi gerekmektedir.

TBK m.182/2'deki ifadenin yorumundan çıkan sonuca göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, borçlu asıl borcun imkânsız hale gelmesinden sorumlu değil ise alacaklı cezaî şart talep edemeyecektir. Yani borçlu, kusursuz imkânsızlıktan sorumlu tutulmamaktadır⁴²². Burada bahsi geçen imkânsızlık sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlık halidir.

Mevzuatımızda bu konu ile bağlantılı olarak ele alınması gereken genel bir hüküm de mevcuttur. TBK m.136 hükmüne göre, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erecektir. TBK m.182/2 ile bağlantılı olan bu hükmün de cezaî şartın geçersizliği konusunda göz önüne alınması gerekmektedir⁴²³. Dolayısıyla cezaî şart kapsamında, TBK m.136 ile TBK m.182/2

⁴²⁰ Becker, Art 160 OR, N.24; Bentele, s.79; Koller, Nr.74; Von Tuhr, Escher, s.281. Türk Hukuku için bkz. Oğuzman, Öz, s.550; Tekinay vd., s.359-360; Hatemi, Gökyayla, s.383. Yargıtay'ın, alacaklıya cezaî şart ödenmesi için borçlunun kusurlu olmasını aradığı bir kararı için bkz. Y.11.HD., T.7.03.2017, E. 2015/13233, K. 2017/1322, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.10.2018.

⁴²¹ Bu yönde bkz. Kübra Doğan Yenisey, "İş Hukukunda Cezai Şart", **İş Hukukunda Güncel Sorunlar**, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, s.27; Karagöz, s.129-130. Hatta bazı yazarlarca aynı yorumun işveren için de geçerli olacağı belirtilmektedir. Bkz. Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, 6. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s.892-893.

⁴²² Bucher, s.526; Schoch, s.39; Von Tuhr, Escher, s.280; Keller, Schöbi, s.114; Gauch, Schlupe, Rey, Rn.3944; Bentele, s.79; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.102-103; Oğuzman, Öz, s.550; Tekinay vd., s.359-360.

⁴²³ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.102. Ayrıca bkz. Oser, Schönenberger, Art 163 OR, N.8; Bentele, s.79.

beraber yorumlandığında, asıl borcun imkânsız hale gelmesinde borçlunun kusuru olmadıkça, asıl borç sona erecektir. Bunun sonucu olarak borçlunun cezaî şart ödeme borcu da ortadan kalkacaktır⁴²⁴. TBK m.136/2 uyarınca iş sözleşmesi gibi karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, imkânsızlık nedeniyle borcundan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri gereği geri vermekle yükümlüdür. Borçlu, karşı taraftan henüz edimi talep etmemişse bu hakkını da kaybedecektir.

Asıl sözleşmeden doğan borcun kısmen imkânsızlaşması halinde cezaî şartın durumuna ilişkin olarak, TBK m.137 hükmü dikkate alınmalıdır. Borcun ifası, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Bu kısmi ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi, taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erecektir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşme söz konusu ise bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilecektir. Bu hüküm dikkate alındığında borçlu, asıl borcun kısmen imkânsızlaşan bölümüne karşılık gelen cezaî şart miktarını ödemekten kurtulacaktır. Ancak alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması halinde ise tam imkânsızlık hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla bu

⁴²⁴ Bentele, s.79. 2002 tarihinde verilen bir Yargıtay kararında, deprem zorlayıcı neden olarak kabul edilerek, işyerinin yıkılması nedeniyle işverenin işçiyi çalıştıramadığına ve bu suretle belirli süreli sözleşmenin sona erdiğine, dolayısıyla BK m.161/2'ye dayanılarak iş sözleşmesinin feshine yönelik kararlaştırılan cezaî şart isteminin reddine karar verilmiştir. Bu karar doktrinde Bakırcı tarafından eleştirilmiştir. Yazar, depremin zorlayıcı neden olarak kabul edilmesi halinde, BK m.117 (TBK m.136) uyarınca imkânsızlık kavramının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda sürekli ve geçici imkânsızlığın hukuki sonuçları da farklıdır. Sürekli imkânsızlıkta sözleşmesel ilişki sona erecektir. Bu halde ihbar ve kıdem tazminatı talep edilemeyeceği gibi, sözleşme feshine bağlanan cezaî şart da istenemez. Geçici imkânsızlıkta ise imkânsızlık devam süresi içinde borçların sona ereceği, ancak iş sözleşmesinin askıda olacağı ve imkânsızlık ortadan kalkınca sözleşme borçlarının devam edeceği belirtilmektedir. Buna karşılık Bakırcı, depremin her durumda zorlayıcı neden oluşturmasının savunulamayacağını, önemli olan noktanın depreme ilişkin mevzuata uyulup uyulmadığının tespit edilmesi olduğunu ileri sürmektedir. Eğer mevzuata uyulmuş olmasına rağmen yıkım meydana gelmiş ise deprem kaçınılmaz ve öngörülemeyen bir durum kabul edilerek, zorlayıcı neden sayılabilecektir. Bu halde sürekli-geçici imkânsızlık hükümleri uygulanabilecektir. Aksi durumda deprem zorlayıcı neden olarak kabul edilemez. Bu durumda ise imkânsızlık hükmü uygulanmaz ve sözleşme tüm hükümleri ile devam eder. İşçinin sunduğu edimi kabul etmeyen işverene karşı, temerrüt hükümleri yürütülebilir ya da işçi sözleşmeyi haklı nedenle feshederek, buna bağlı hukuki sonuçları talep edebilir. Bu karar ve değerlendirmesi için bkz. Y.9.HD., T.18.12.2002, E.10423, K.2002/24438 ve Kadriye Bakırcı, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıç Utkan Araslı'ya Armağan, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002**, Ankara, ÇMİS, 2004, s.179-181.

son halde ifade edilen şartlar gerçekleşirse, kısmi ifa imkânsızlığına rağmen borçlu, cezaî şart ödeme borcundan tamamen kurtulacaktır⁴²⁵.

TBK m.182/2 hükmü, ayrıca zararın tazmin edilmesine yönelik hukuki sonucu düzenleyen TBK m.112 (OR m.97) ile de uyumludur⁴²⁶. TBK m.112 uyarınca, borçlu, borcun ihlal edilmesinde kusuru olmadığını ispat etmedikçe, zararı tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur. Yani başka bir ifade ile sonradan ortaya çıkan imkânsızlık halinden borçlu sorumlu ise zararın tazmin edilmesi yükümlülüğü altına girecektir⁴²⁷. Doktrinde bir görüşe göre, bahsi geçen hükümlerin yorumundan, sadece sonraki imkânsızlık hali bakımından borçlunun kusuru olup olmadığı değerlendirilmesi yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır⁴²⁸. Fakat doktrinde diğer bir görüş, borçlunun sorumlu olduğu tüm sözleşme ihlali hallerinin kanunun lafzı kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmektedir⁴²⁹. Yani sonraki imkânsızlığın yanı sıra borcun hiç ifa edilmemesi, gereği gibi ifa edilmemesi, temerrüt gibi diğer borca aykırılık hallerinde de cezaî şart talep edilebilmesi için borçlunun kusuru bir şart olarak aranmalıdır⁴³⁰. Son görüş kabul edildiğinde, borçlu borcun ihlalinden sorumlu olmadığını ispat etmesi halinde hem cezaî şart ödemekten kurtulacak hem de zararın tazmini borcu altına girmeyecektir⁴³¹.

TBK m.112 ve m.136 gereğince, borçlunun ihlalden sorumlu olduğunu ispat yükü alacaklıda değildir. Bu durumda borçlu asıl sözleşmeden doğan borcun ihlalinde kusuru olmadığını ispatlayarak, cezaî şart ödeme borcundan kurtulabilecektir⁴³². Borçlu, alacaklının veya üçüncü bir kişinin ifanın imkânsızlaşmasına neden

⁴²⁵ Keser, s.20-21.

⁴²⁶ Gauch, Schluep, Rey, Rn.2602; Bentele, s.79; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.102; Tekinay vd., s.359-360.

⁴²⁷ Schoch, s.39; Tekinay vd., s.360; Nomer, Rn.237.1.

⁴²⁸ Keller, Schöbi, s.114.

⁴²⁹ Bentele, s.79; Schoch, s.39; Bucher, s.526; Becker, Art 163 OR, N.4; Gauch, Schluep, Rey, Rn.2604. Alman Hukuku'nda borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık halinin cezaî şart ödeme yükümlülüğü doğuracağı hakkında bkz. Erman/Schaub, Art 339, Rn.5.

⁴³⁰ Bentele, s.79; Schoch, s.39; Von Tuhr, Escher, s.280; Oğuzman, Öz, s.550; Tekinay vd., s.360; Kılıçoğlu, s.984.

⁴³¹ Bucher, s.526.

⁴³² Bentele, s.80; Becker, Art 163, N.7; Oser, Schönenberger, Art 163, N.10; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.105; Oğuzman, Öz, s.551; Tekinay vd., s.360; Buz, s.10; Günay, s.125; Kocağa, s.239.

olduğunu⁴³³ ya da mücbir neden dolayısıyla asıl sözleşmeden doğan borcun imkânsız hale geldiğini, ispatlayabilir. Kuşkusuz borçlunun kendi şahsında ortaya çıkan nedenler bu kapsamda sayılmamaktadır⁴³⁴. Her ne kadar ispatı zor olsa da, ispat yükünün aksi kararlaştırılarak, alacaklının borçlunun kusurunu ispat etmesi gerektiği öngörülebilecektir⁴³⁵.

Belirtilmelidir ki kanunda borçlunun kusuru olmasa bile sorumlu tutulduğu hallerde, borçlunun bizzat kusuru olup olmadığına bakılmaksızın cezaî şart talep edilebilecektir. Örneğin, yardımcı kişilerin fiilerinden dolayı TBK m.116 uyarınca doğan sorumluluk halinde, borçlu kusuru olmasa da cezaî şart ödemekle yükümlü tutulabilecektir⁴³⁶.

Borçlunun, asıl sözleşmenin ihlal edilmesinden sorumlu tutulması, kusuru ile asıl sözleşmeyi bizzat ihlal etmesi (TBK m.112), asıl sözleşmeyi ihlal eden yardımcı kişinin fiilinden sorumlu olması (TBK m.116) ya da temerrüde düşmesi (TBK m.117) gibi hallerden birinin gerçekleşmesine bağlıdır⁴³⁷.

3. Zarar

Cezaî şart talep edilmesi için incelenmesi gereken son şart zarardır. Tazminat hukuku bakımından bir istisna teşkil etmek üzere, TBK m.180/1’de cezaî şart talep edilebilmesi için alacaklının bir zarara uğramasının aranmadığı açıkça düzenlenmiştir.

⁴³³ Alacaklının fiili ile ifanın imkânsızlaşmasına örnek olarak alacaklının, kendisi tarafından yapılması gerekli hazırlık hareketlerini yapmaması, asıl sözleşmeyi feshederek cezaî şartın ifasını imkânsız kılması veya alacaklının borcun ifa edilmemesine razı olması gösterilmektedir. Bu örnekler için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.104-105. Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, kira sözleşmesinde kiraya verenlerin ayrı ayrı veya birlikte kasıtlı davranışı sebebi ile işletmenin ruhsatının iptal edilmesi, işletmenin kapatılması ve benzeri sebeplerle sözleşmenin ifası imkânsız hale gelmesi durumunda kiraya verenin kiracıya cezaî tazminat ödemesi kararlaştırılmıştır. Düzenlemenin devamında ise kiralayanların iradesi dışında, adli ya da idari bir karar ile kapatma ya da ruhsatın iptali kararı mevcut ise kiralayanların sorumlu olmayacağına yer verilmiştir. Belediye Encümen Kararı ile işyeri açma ve çalışma ruhsatı iptal edildiğinden, davalıların kasıtlı bir hareketi olmadığı, aksine davalıların iradesi dışında, idari kurumların kararları sonucu ruhsatın iptal edildiği ve bu nedenle cezaî şartın koşulları oluşmadığı yönünde karara varılmıştır. Bu karar için bkz. Y.3.HD., T. 19.12.2017, E. 2017/9691, K. 2017/17807, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018.

⁴³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Schoch, s.40-42; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.104-105; Bilge, s.92.

⁴³⁵ Bilge, s.109; Kocaağa, s.240.

⁴³⁶ Oğuzman, Öz, s.551; Nomer, Rn.237.1.

⁴³⁷ Bentele, 80; MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.34-36. .

Cezaî şart, zarardan veya zarar miktarından bağımsız şekilde, borçlunun kusurlu olarak borca aykırı davranması halinde talep edilebilecektir⁴³⁸. Bunun tek istisnası, TBK m.180/2’de yer alan aşkın zararın tazminidir⁴³⁹. Kuşkusuz sözleşme serbestisi ilkesi gereği taraflar, cezaî şart talebini alacaklı bakımından bir zarar ortaya çıkmasına bağlayabilecektir⁴⁴⁰.

İsviçre Hukuku’nda da OR m.161/1’de açıkça alacaklının, zarara uğramaması halinde dahi cezaî şartın muaccel olacağı ifade edilmektedir. Zira cezaî şart, maddi değerinin tespiti güç olan asıl sözleşmeden doğan borcu bile baskı işlevi görerek güvence altına alabilecektir. Dolayısıyla bu hukuk sisteminde, borçlunun, alacaklının zarara uğramadığını ispat ederek cezaî şart ödemekten kurtulduğu hallerde, ortada cezaî şart olmadığı savunulmaktadır. Hatta bu temel ilkenin cezaî şartın ortaya çıkışı kadar eski olduğu belirtilmektedir⁴⁴¹.

C. İspat Yükü

Cezaî şartın ödenmesini gerektirecek şartın gerçekleştiğini ispat yükü, genel hükümlere istinaden alacaklının üzerindedir. Yani alacaklı, asıl sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediğini ispatlamalıdır⁴⁴². Aynı şekilde bir yapmama borcu mevcutsa alacaklı, borçlunun borcunu yerine getirmediğini ispat etmelidir⁴⁴³. Buna karşılık asıl borcun ifa edildiğinin veya kendisinin ya da yardımcı

⁴³⁸ Oğuzman, Öz, s.551; Tekinay vd., s.358; Hatemi, Gökyayla, s.383. Karş. Eren, s.1214-1215. Bu yönde bir Yargıtay kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “...*Borçlu cezaî şart ödemeyi taahhüt etmişse, artık alacaklı herhangi bir zarara uğradığını iddia etmek veya zararının şümülünü ispat etmek zorunda kalmadan, tazminat elde etmek imkanını bulacaktır. Zira cezaî şart borcun ihlali halinde verilmesi gereken, önceden kararlaştırılmış kesin miktarlı (maktu) bir tazminattır...*”. Bu karar için bkz. Y.3.HD., T. 19.12.2017, E. 2017/9691, K. 2017/17807, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018.

⁴³⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 1. Bölüm, IX, B.

⁴⁴⁰ Santoro, s.12; Bentele, s. 73 dn.360; Oğuzman, Öz, s.551; Tekinay vd., s.358; Keser, s.24. Bucher, tarafların cezaî şartın talep edilmesini zararın ortaya çıkmasına bağlaması halinde cezaî şarttan değil, zararın üst sınırının belirlenmesine yönelik bir anlaşma, diğer adıyla sorumluluğu sınırlayan kayıttan (*Schadenpauschalierung*) söz edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. Bucher, s.527.

⁴⁴¹ Bu konuda bkz. Schoch, s.38; Von Tuhr (Çev. Edege), s.769; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3938. Alman Hukuku’nda, cezaî şart için zarar ortaya çıkmasının gerekip gerekmediğine dair bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir. Kanaatimizce Türk ve İsviçre Hukuku bakımından da böyle bir hükmün kanunda bulunmasına ihtiyaç yoktur. Nitekim zararın varlığı aransaydı zaten cezaî şart kurumunun kanunda düzenlenmesinin, özellikle amacı gözetildiğinde bir yararı olmazdı.

⁴⁴² Bucher, s.513; Von Tuhr, Escher, s.281; Buz, s.10; Baycık, **Cezai Şart**, s.4.

⁴⁴³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Von Tuhr, Escher, s.281; Bentele, s.78.

kişinin borca aykırı davranmadığının, borca aykırılıkta kusuru bulunmadığının ispat yükü ise borçludadır. Zira cezaî şart, borcun ifa edilmemesi halinde muaccel olmaktadır. Bununla birlikte taahhüt edilen borcun ifa edildiğinin ispat yükü ise borçlunun üzerinde bulunmaktadır⁴⁴⁴.

VIII. CEZAÎ ŞART TÜRLERİ

Alacaklı, sözleşmede kararlaştırılan borca aykırılık gerçekleştiğinde cezaî şart talep etme hakkına sahip olmaktadır. Bununla beraber borca aykırılığın gerçekleşmesi, sadece cezaî şart üzerinde etki göstermemektedir. Asıl sözleşmeden doğan borç da borca aykırılığın gerçekleşmesinden etkilenmektedir. Asıl sözleşmeden doğan borca aykırılığın türüne bağlı olarak, asıl borcun yerine ikame edilen ya da asıl borca eklenen yükümlülükler ortaya çıkmaktadır⁴⁴⁵. İşte bu yükümlülükler, cezaî şartın türünü de belirlemektedir. Cezaî şartın türü ise muaccel olduktan sonra ortaya çıkaracağı hukuki sonuçlar bakımından önemi haizdir⁴⁴⁶.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda cezaî şart ile asıl sözleşmeden doğan borç arasındaki ilişki, öncelikle cezaî şart anlaşmasının içeriğine bağlıdır. Bu ilişki, taraflarca farklı şekillerde düzenlenebilir. Taraflar dilerlerse ya cezaî şartın ya da asıl sözleşmeden doğan borcun ödenmesini seçimlik olarak kararlaştırabilirler (*alternative Konventionalstrafe*). Buna karşılık hem cezaî şartın hem de asıl sözleşmeden doğan borcun kümülatif olarak ödenmesini de kararlaştırabilirler (*kumulative Konventionalstrafe*). En son olarak taraflar, cezaî şart ile borca aykırılığın sonuçlarının ilişkisini münhasıran cezaî şart ödenmesi yönünde de kararlaştırabilirler (*exklusive Konventionalstrafe*)⁴⁴⁷. Eğer taraflar, alacaklının hangi haklara sahip olacağı konusunda herhangi bir anlaşma yapmamışlarsa kanun hükümleri (TBK

⁴⁴⁴ Von Tuhr, Escher, s.281; Bucher, s.314; Bentele, s.77-78; Palandt, **Kommentar**, s.572; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.105; Buz, s.11; Baycık, **Cezai Şart**, s.4.

⁴⁴⁵ MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.1; Schoch, s.45; Bentele, s.86; Santoro, s.13; Palandt, Art 340, N.1, s.573; Oğuzman, Öz, s.555.

⁴⁴⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.108.

⁴⁴⁷ Bu noktada belirtilmelidir ki cezaî şartın türlerine ilişkin bahsi geçen terimler kanunda yer almayıp, doktrin tarafından cezaî şart türlerini sınıflandırmak amacıyla uzun yıllardır kullanılmaktadır. Bkz. Oser, Schöenberger, Art. 160 OR, Rn.1; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.44; Eren, s.1212-1214.

m.179-180; OR m.160-161, BGB m.340-341) uygulama alanı bulacaktır⁴⁴⁸. Rekabet yasağı anlaşması için kararlaştırılan cezaî şart bakımından ise istisnai bir hüküm öngörülmüştür. Bu hale ilişkin olarak özel bir düzenleme getirildiğinden, taraflar farklı bir anlaşma yapmamışlarsa TBK m.179 vd. hükümleri değil, TBK m.444 vd. (OR m.340; HGB m.75c) hükümleri devreye girecektir⁴⁴⁹.

Alman Hukuku'nda ise cezaî şartın türleri, BGB m.340'da asıl sözleşmenin ifa edilmemesi hali bakımından seçimlik cezaî şart, BGB m.341'de ise asıl sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi hali bakımından ise ifaya eklenen cezaî şart olarak iki ayrı madde altında düzenlenmiştir. Bu iki düzenlemenin, emredici olmadığı ve birbirini tamamladığı kabul edilmektedir⁴⁵⁰. Sözleşmenin ihlal edilmesi halinde BGB m.340 veya 341'den hangisinin uygulanması gerektiği, alacaklının borcun ifasından mı yoksa gereği gibi ifa edilmesinden mi menfaati olduğunun yorumlanması ile belirlenecektir⁴⁵¹. Yine asıl sözleşmeden doğan borcun kısmen ifa edilmemesi halinde, BGB m.340'ın uygulanıp uygulanmayacağı alacaklının menfaati ile ilgili bir konudur. Eğer bu borç, alacaklı için bölünemez bir borç olup, seçimini cezaî şart ödenmesi yönünde kullanıyorsa, kısmen ifa edilen bölümü borçluya iade etmek zorundadır. Buna karşılık ifadan beklenen menfaati bölünebilir ise her bir bölüm için, BGB m.340 çerçevesinde seçim hakkı olacağı kabul edilmektedir⁴⁵².

⁴⁴⁸ Schoch, s.45-46; Santoro, s.13. Bu konuda ayrıca bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.1; Bentele, s.45-46 ve 86; Koller, §81, Rn. 47-48.

⁴⁴⁹ Rekabet yasağına ilişkin kanundaki düzenleme dolayısıyla, dönme cezasına (*Wandelpön*), cezaî şartın türleri arasında yer verilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Koller, §81, Rn. 47. Rekabet yasağında cezaî şart hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 3. Bölüm, I, G, 4.

⁴⁵⁰ Palandt, Art 340, N.3; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 341, N.7; Erman/Schaub, Art 340, Rn.1a; Jauernig, Art 340, N.3; Lohr, s.436.

BGB m.340 hükmü, şu şekilde Türkçe'ye çevrilebilir: "(1) Borçlu, sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde ceza ödemeyi taahhüt etmişse, alacaklı sözleşmenin ifasını talep etmek yerine muaccel olan cezayı talep edebilir. Eğer alacaklı, borçludan cezaî şart talep ederse, sözleşmenin ifasını talep hakkını kaybeder.

(2) Alacaklı sözleşmenin ifa edilmemesi halinde zararın tazmini hakkına sahip ise cezayı zararın asgari miktarı olarak talep edebilir. Aşkın zararın talep edilmesi mümkündür."

BGB m.341 hükmü, şu şekilde Türkçe'ye çevrilebilir: "(1) Borçlu, sözleşmeden doğan yükümlülüğünü gereği gibi, özellikle belirlenen zamanda yerine getirmediği takdirde ceza ödemeyi taahhüt etmişse, alacaklı sözleşmenin ifası ile birlikte cezayı talep edebilir.

(2) Alacaklı sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi halinde zararın tazmini hakkına sahip ise m.340/2 uygulama alanı bulur.

(3) Alacaklı, ancak ifayı çekince ileri sürerek kabul ederse, cezayı da talep edebilir.

⁴⁵¹ MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.5; Jauernig, Art 340, N.2.

⁴⁵² Staudinger, Rieble, Art 340 BGB, Rn.17; MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.7. Türk Hukuku bakımından bu yönde bkz. Buz, s.12-13. Koller ise kısmi ifa halinde alacaklının cezaî şartı talep etmesi

A. Seçimlik Cezaî Şart

1. Seçimlik Cezaî Şartın Türleri

a. Taraflarca Seçimlik Cezaî Şart Kararlaştırılması

Seçimlik cezaî şart veya diğer bir deyişle ifa yerine istenebilecek cezaî şart (*alternative Konventionalstafe*), alacaklının aynı menfaat için ya cezaî şartı ya da sözleşmenin ifasını/ifa mümkün değilse zararın tazminini talep edebilmesi için kararlaştırılan bir cezaî şart türüdür. Esasen bu cezaî şart türü, borca aykırılık hallerinde borçlunun hem cezaî şart hem de borcun ifası ile yükümlü tutulmasının önüne geçerek, borçlunun korunmasına hizmet etmektedir⁴⁵³.

Seçimlik cezaî şart, taraflarca cezaî şart anlaşmasında kararlaştırılabileceği gibi, herhangi bir kararlaştırma olmaması halinde, TBK m.179/1’de ifade edilen haller için kanunda düzenlenmiştir. Buna göre TBK m.179/1 uyarınca, bir sözleşmenin hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça ya borcun ya da cezanın ifası istenebilecektir⁴⁵⁴. Kanunda yer alan seçimlik cezaî şart düzenlemesi dışında taraflarca, örneğin borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi hali gibi başka haller bakımından da seçimlik cezaî şart kararlaştırılması mümkündür. Dolayısıyla bu tür cezaî şart, taraflar arasındaki sözleşmeye, sözleşmede bu yönde hüküm yoksa kanundaki düzenlemeye bağlıdır⁴⁵⁵. Nitekim kanun koyucu, TBK m.179 hükmüne emredici nitelik tanımayarak, taraflara bu konuda serbestçe hareket edebilecekleri bir alan yaratmıştır.

durumunda, ifa edilen edimlerin iade edilmesi yerine, cezaî şarttan mahsup edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Koller, s.1330.

⁴⁵³ MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.1; Erman/Schaub, Art 340, Rn.1; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.44; Eren, s.1212.

⁴⁵⁴ Oser, Schönenberger, Art. 160 OR, Rn.2; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.44; Tekinay vd., s.348; Oğuzman, Öz, s.544. Seçimlik cezaî şart yerine, “*ifa yerine istenebilecek sözleşme cezası*” terimi kullanan yazarlar için bkz. Oğuzman, Öz, s.544.

⁴⁵⁵ MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.1; Koller, Nr.99; Oğuzman, Öz, s.545; Kocağa, s.138.

b. Kanuni Seçimlik Cezaî Şart

(1) Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m.179/1 (OR m.160/1⁴⁵⁶, BGB m.340) uyarınca, bir sözleşmenin hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça ya borcun ya da cezanın ifası istenebilecektir⁴⁵⁷. Esasen söz konusu hükümde iki farklı hal aynı hukuki sonuca bağlanmıştır. İlk olarak bir sözleşmenin hiç ifa edilmemesi halinden, ikinci olarak ise gereği gibi ifa edilmemesi halinden bahsedilmektedir. Her iki hal için de alacaklıya bir seçim hakkı tanınmıştır. Alacaklı ya borcun ifasını ya da cezaî şartı talep edebilecektir. Dolayısıyla hem borcun ifasını hem de cezaî şartı talep edemeyecektir⁴⁵⁸.

Türk Borçlar Kanunu m.179/1 bakımından “cezaî şartın, sözleşme borcunun yerine getirilmesi ile ilişkisi” ve “cezaî şartın, zararın tazmin edilmesi ile ilişkisi” olarak iki ayrı ilişkinin hukuki sonuçlarının incelenmesi mümkün görünmektedir⁴⁵⁹. TBK m.179/1 ile aynı düzenlemeye sahip İsviçre’de ise kanunun lafzına dayanan bir

⁴⁵⁶ Mehaz Kanun’da yer alan OR m.160, TBK m.179 ile benzer lafza sahiptir.

⁴⁵⁷ Asıl sözleşmeden doğan borcun yapma veya yapmama borcu olması, sözleşmeye aykırı davranış halinde farklı bir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Nitekim yapmama borcuna aykırı davranılması halinde borçlu, zararın tazmini veya cezaî şart talebi ile karşı karşıya kalacaktır. Bkz. Bentele, s.91; Santoro, s.15. Yapmama borcunun özelliği gereği yapma borcundan farklı olarak taraflar, cezaî şart anlaşmasında gelecekte gerçekleşebilecek her bir aykırılık için cezaî şart belirleyebilirler. Bkz. Becker, **Berner Kommentar**, Art 160, N.41; Bentele, s.91. Hangi borca aykırılık için cezaî şart kararlaştırdıkları sözleşmenin yorumlanması ile ortaya çıkacaktır. Bkz. Schellhammer, Rn.1488; Bentele, s.91. Buna karşılık cezaî şart anlaşmasının içeriğinin yorumlanmasında şüpheye düşülürse, tarafların borca aykırılık halinde borçlunun yalnızca bir kere cezaî şart ödemeyi vaat ettiği kabul edilmektedir. Bkz. Bentele, s.91-92. Rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart bakımından aksi görüşte olan yazar için bkz. Becker, **Berner Kommentar**, Art 160, N.41. Bu hale özel olarak, İş Hukuku’nda rekabet yasağı anlaşmasında belirlenen cezaî şart özel bir nitelik göstermektedir. Rekabet yasağı anlaşması aslında bir yapmama borcu doğurmaktadır. Borçlunun (işçinin), sözleşmede belirlenen cezaî şartı ödeyerek borcundan kurtulması kanunda açıkça düzenleme bulmuştur. Bu halde alacaklı (işveren), borçlu tarafından cezaî şart ödedikten ve borç kanunen sona erdikten sonra, rekabet yasağı sözleşmesinin süresinin devam ettiğini ve rekabet yasağına aykırı davranıldığını öne sürerek tekrar bu yasağın devreye girmesini isteyemeyecektir. Bu görüş için bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 331-355 und Art 361-362 OR, Bern, Stämpfli Verlag AG., 2014, Art 349, N.9; Reck, s.108; Bentele, s.92; Santoro, s.16. Buna karşılık her bir borca aykırılık hali için cezaî şart kararlaştırılmış olan rekabet yasağı mevcut ise tekrar eden borca aykırılık hallerinde işverenin, edimin ifasını veya cezaî şartı talep etmesine yönelik seçim hakkının tekrar tekrar doğacağını savunan görüş de dikkate değerdir. Taraflar her bir ihlal halinde sözleşmenin tümü için cezaî şart ödenmesini de kararlaştırabilirler. Bu görüş için bkz. Staudinger, Rieble, Art 340 BGB, Rn.18; Lohr, s.436; Buz, s.13.

⁴⁵⁸ Oser, Schönenberger, Art. 160 OR, Rn.3; Tekinay vd., s.348; Eren, s.1212.

⁴⁵⁹ Türk Hukuku’nda Eren, böyle bir ayırım yapmaksızın alacaklının cezaî şart talebi ile asıl edimin ifası talebi arasında seçimlik yetkisi olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Eren, s.1212-1213.

görüŖe göre, birbirine alternatif olan hakların, cezaî Ŗart ile “sözleşmeden doğan borcun ifası” olduğu savunulmaktadır⁴⁶⁰. Buna karşılık diğerk görüşe göre, OR m.160/1 gereği aslında tek bir ilişkiden bahsedilebileceği belirtilmektedir: cezaî Ŗart talebi ile “asıl borcun ihlalinin hukuki sonuçlarının ilişkisi” (ya da diğerk bir deyişle “yarışması”)⁴⁶¹. Daha açık bir ifadeyle, kanunun düzenlemesine rağmen, burada kastedilen cezaî Ŗart ile sözleşmenin ifasının yarışması değil, cezaî Ŗart ile sözleşmenin ifa edilmemesi ya da gereği gibi ifa edilmemesinin hukuki sonuçlarının birbirine alternatif olmasıdır⁴⁶².

Alman Hukuku’nda BGB m.340/1’de seçimlik cezaî Ŗart düzenlenmiştir. Bu hükme göre, asıl sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının, borcun ifasını veya cezaî Ŗartı seçme hakkı vardır⁴⁶³. Yine aynı fıkranın ikinci cümlesinde ise alacaklının cezaî Ŗartı seçmesi durumunda ifaya ilişkin seçim hakkını kaybedeceği açıkça ifade edilmiştir⁴⁶⁴. Bu hukuk sisteminde, BGB m.340/1’de yer alan seçimlik cezaî Ŗart düzenlemesi ile, esasen borcun ifa edilmesi ile borcun ifa edilmemesinden doğan zararın tazminine yönelik hakların ilişkisinin konu edildiği belirtilmektedir⁴⁶⁵. Doktrinde bir görüş tarafından ise sürekli borç doğuran sözleşmeler için ayrı bir parantez açılmaktadır. Sözleşme henüz devam ederken bu sözleşmeden doğan bir borcun ihlal edilmesi halinde, BGB m.340/1’deki seçimlik cezaî Ŗart hükmüne rağmen, geçmişte ihlal edilen kısım için cezaî Ŗart talep edilebilecektir. Bunun yanı sıra gelecekte doğacak borçlar bakımından ise cezaî Ŗart veya ifanın seçimlik olarak talep edilebileceği ifade edilmektedir⁴⁶⁶. Dolayısıyla sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki bu hale özgü olarak seçimlik cezaî Ŗart hükmünün uygulanmasına bir istisna tanınmaktadır. Kanaatimizce bu görüş Türk Hukuku bakımından da savunulabilir. Zira sürekli borç doğuran sözleşmeler bir kere ifa edilmekle sona ermezler. Dolayısıyla tek bir borcun ifa edilmemesi halinde cezaî Ŗart ödenmesi, gelecekte doğacak borçların ifasına engel olmamalıdır. Aynı husus sürekli

⁴⁶⁰ Bu yazarlar için bkz. Bucher, s.527; Becker, **Berner Kommentar**, Art 160 OR, N.28.

⁴⁶¹ Bentele, s.86-87; Santoro, s.13.

⁴⁶² Bentele, s.88; Schoch, s.56; Santoro, s.14.

⁴⁶³ Jauernig, Art 340, N.4; Guhl, Merz, Druey, s.554; Lohr, s.436.

⁴⁶⁴ Alman Hukuku bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.1; Erman/Schaub, Art 340, Rn.3.

⁴⁶⁵ MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.1; Erman/Schaub, Art 340, Rn.1.

⁴⁶⁶ Bu konuda bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.2; Buz, s.13. Aksi yönde bkz. Lohr, s.436.

borç doğuran sözleşmelerden olan iş sözleşmesindeki cezaî şart bakımından da geçerlidir. Tarafların sözleşmede açık bir düzenleme ile aksini kararlaştırmaları da mümkündür.

(2) Borcun Hiç İfa Edilmemesi Halinde Cezaî Şart

TBK m.179/1 uyarınca taraflarca bir sözleşmenin hiç ifa edilmemesi durumu için cezaî şart kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilecektir. Alacaklı bakımından seçim hakkının doğması için öncelikle asıl borcun borçlu tarafından ifa edilmemesi şartının gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu ana kadar alacaklı, sadece borcun ifa edilmesini talep edebilecek olup, cezaî şartı isteyemeyecektir⁴⁶⁷.

TBK m.179/1’de sözleşmenin hiç ifa edilmemesi ifadesi ile esasen sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi kast edilmektedir. Bu kapsama ise TBK m.179/2 dışında kalan her türlü borç ihlali hali girmektedir. TBK m.179/2’de borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi hali özel bir hukuki sonuca bağlandığından, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık hali, borçlunun temerrüdü ile borcun gereği gibi ifa edilmemesi halleri (örneğin ayıplı ifa veya diğer kötü ifa halleri) TBK m.179/1 kapsamına girecektir⁴⁶⁸. Belirtilmelidir ki borcun hiç ifa edilmemesi halinin yanı sıra “gereği gibi ifa edilmemesi” hali de TBK m.179/1’de açıkça sayılmıştır.

TBK m.179/1 hükmünün lafzından anlaşıldığı üzere, alacaklıya “cezaî şart” talep etme veya “borcun ifası” şeklinde iki farklı seçim hakkı tanınmıştır. Eğer alacaklı, cezaî şartın ödenmesi veya borcun ifasından birini tercih etmişse, artık kanun gereği diğerini talep edemeyecektir⁴⁶⁹. Örneğin alacaklı, sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle cezaî şart talep etmişse, artık sözleşmenin ifasını

⁴⁶⁷ Eren, s.1212; Hatemi, Gökyayla, s.378.

⁴⁶⁸ Kocaağa, s.133; Ozanoğlu, s.94.

⁴⁶⁹ Von Tuhr, Escher, s.281; Reck, s.107; Erman/Schaub, Art 340, Rn.3; Schellhammer, Rn.1483; Jauernig, Art 340, N.5; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3926; Guhl, Merz, Druey, s.554; Oğuzman, Öz, s.544; Tekinay vd., s.348; Eren, s.1212; Keser, s.23.

isteyemeyecektir⁴⁷⁰. Tam tersi düşünülürse, alacaklı tarafından sözleşmeye aykırılıktan doğan hukuki sonuçlar talep edilmişse, artık cezaî şart talep edilemeyecektir. Nitekim seçim beyanı, değiştirici yenilik doğuran bir haktır ve bu beyan, borçluya varmakla hükümlerini meydana getirmektedir. Bu nedenle alacaklı, cezaî şart talep ettiğini bildirmiş ve bu beyan borçluya varmışsa, borçlu artık asıl borcu ifa etme yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Alacaklı ise bu durumda, asıl borcun ifasını talep etme hakkından vazgeçmiş sayılmaktadır⁴⁷¹. Geçmiş dönemde bir görüşe göre, cezaî şart istenmesinden sonra aynen ifa talep edilemezse de bu kabul mutlak olarak görülmemelidir. Nitekim bu görüşe göre, aynen ifa talebinin verimsiz kalması halinde, cezaî şart istenmesi mümkün kabul edilmelidir⁴⁷².

TBK m.179/1'in lafzından da anlaşılacağı üzere, taraflar aksine kararlaştırma yapabilecektir. Örneğin borca aykırı davranılması halinde alacaklının, sadece cezaî şart veya sadece borcun ifasını talep edebileceği yönünde sözleşme yapılabilecektir veyahut önce asıl edimin ifasının talep edilebileceği, bunun yerine getirilmemesi halinde cezaî şartın ödenmesinin istenebileceği şeklinde talepler arasında sıralama da kararlaştırılabilecektir⁴⁷³.

Karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde seçimlik cezaî şartın istenebilmesi için, alacaklının, TBK m.125'de yer alan seçimlik haklarından biri olan ifadan vazgeçerek, müspet zararın tazminini isteme hakkını kullanması gerekmektedir. Daha sonra tazmin hakkı ile cezaî şart arasında seçim yapmalıdır. Buna karşılık diğer iki seçimlik hakkı olan ifa ile birlikte gecikme tazminatını ya da sözleşmeden dönme hakkını tercih eden alacaklının, artık cezaî şart isteme hakkından bahsedilemeyecektir. Nitekim sözleşmeden dönme halinde

⁴⁷⁰ Prütting, Wegen, Weinreich, Art 341, N.3; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3926; Oğuzman, Öz, s.545; Eren, s.1212.

⁴⁷¹ Oğuzman, Öz, s.545; Eren, s.1212-1213; Kılıçoğlu, s.975. Tunçomağ, bunun nedeninin seçim beyanının varması gerekli bir irade beyanı olmasının dışında, ikinci gerekçe olarak cezaî şartın tazminat talebinden daha kolay bir yol olmasını göstermektedir. Ayrıca yazar, özellikle Alman Hukuku'nda ileri sürülen aksi görüşün ise kabul edilemeyeceğini; zira alacaklının menfaatlerini korumak için yenilik doğuran hakların niteliği ile bağdaşmayan ve taraflar arasında güvensizlik yaratabilecek bir görüşün kabulünü isabetli bulmadığını belirtmektedir. Bu nedenle yazar, alacaklının seçim beyanında bulunmadan önce, etraflıca düşünerek menfaatine uygun olanı seçmesini tavsiye etmektedir. Bu görüş ve gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.108-110.

⁴⁷² Guhl, Merz, Kummer, s.554; Tekinay vd., s.349.

⁴⁷³ Eren, s.1212; Keser, s.23.

sözleşmenin tüm hükümleri geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır⁴⁷⁴. Karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde alacaklı, borçlunun borcunu ihlal etmesi dolayısıyla cezaî şart ödenmesini talep etmişse, daha önce borçlu tarafından ifa edilen edimi iade etmelidir⁴⁷⁵. Buna karşılık alacaklı seçimlik hakkını asıl borcun ifa edilmesi yönünde kullanırsa, karşı edimi de borçluya ifa etmek zorundadır⁴⁷⁶.

Alacaklının sözleşmenin ifası ile cezaî şart arasında seçim yapması, sahip olduğu diğer hakların ortadan kalkmasına neden olmamaktadır. Bilge bu hususu, kanun koyucunun alacaklının sahip olduğu diğer hakları ortadan kaldırmayı amaçlamadığı, aksine bu yaptırımlar arasına bir yenisini eklemek amacıyla hareket ettiği gerekçesiyle açıklamaktadır⁴⁷⁷. Buradan yola çıkıldığında alacaklı, sözleşmenin ifasını talep ederse TBK m.112 vd.'da düzenlenen diğer haklarını, örneğin gecikme tazminatını da isteyebilecektir. Yine cezaî şart hakkını talep ederse, bu sefer de cezaî şart miktarını aşan zararının tazmin edilmesine yönelik TBK m.180/2 hükmünden yararlanmayı isteyebilecektir⁴⁷⁸.

Alacaklının seçim hakkı, ancak asıl sözleşmeden doğan borcun sözleşmenin imzalanmasından sonra objektif olarak imkânsız hale gelmemesi olasılığında ortaya çıkmaktadır. Eğer borç, objektif olarak imkânsız hale geldiği için borçlu borcu ifa edemediyse, borcun ifası veya ceza talebi şeklindeki seçim hakkının bir anlamı da kalmayacaktır. Nitekim borçlunun, imkânsızlaşan edimi ifa etmesi zaten mümkün değildir. Ayrıca TBK m.182/2 uyarınca, asıl borcun yerine getirilememesi borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmişse, cezaî şart da talep edilemeyecektir. Bu halde alacaklının, bazı hallerde sadece zararın tazmin edilmesine ilişkin genel hükümlere (TBK m.112 vd.; OR m.97-98) başvurması kabul edilmektedir⁴⁷⁹. Dolayısıyla asıl sözleşmeden doğan borç, objektif imkânsızlık nedeniyle tamamen veya kısmen yerine getirilemediyse, genel hükümler uyarınca borçlu sadece zararın tazmini ile yükümlü olacaktır. Buna karşılık aynı durumda,

⁴⁷⁴ Oğuzman, Öz, s.545.

⁴⁷⁵ Eren, s.1213.

⁴⁷⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.110; Eren, s.1213.

⁴⁷⁷ Bilge, s.98.

⁴⁷⁸ Schoch, s.45; Bilge, s.98; Hatemi, Gökyayla, s.381.

⁴⁷⁹ Bucher, s.528; Bentele, s.88-89; Von Tuhr, Escher, s.281; Eren, s.1213.

İsviçre Hukuku'nda bir görüşe göre alacaklı, OR m.160/1'e dayanarak ya zararın tazminini ya da cezaî şartı talep edebilecektir⁴⁸⁰. Yani bu görüşe göre, seçimlik cezaî şart halinde imkânsızlaşan asıl borcun yerini zararın tazmini almaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere İsviçre'de kanunun “*borcun ifası*” ifadesini, sözleşmeden doğan borcun ifası olarak değil; OR m.97/1 ve m.98/2 uyarınca yapma ya da yapmama borcunun yerini alan (*Surrogat*) zararın tazmini olarak kabul etmek gerektiği savunulmaktadır. Yani bu görüşü savunan yazarlar tarafından alacaklının ya cezaî şart talep etme ya da zararın tazminini talep etme hakkı olduğu ifade edilmektedir⁴⁸¹. Buna karşılık kanunun lafzına bağlı kalarak, kanun koyucunun borcun ifasından bahsettiğini ve bu nedenle cezaî şartın alternatifinin borcun ifa edilmemesinin hukuki sonuçları değil, borcun bizzat ifa edilmesi olduğunu savunan aksi görüş de mevcuttur⁴⁸².

(3) Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesi Halinde Cezaî Şart

TBK m.179/1'de cezaî şart talebi bakımından ikinci bir hal olarak, asıl sözleşmeden doğan borcun gereği gibi ifa edilmemesi yer almaktadır. TBK m.179/2'de özel bir hukuki sonuç belirtildiğinden, borcun gereği gibi ifa edilmemesi ifadesinden, sözleşmenin hiç ifa edilmemesi ile sözleşmede belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi hali dışında kalan her bir gereği gibi ifa edilmeme hali anlaşılmaktadır⁴⁸³. Bu hal için de asıl sözleşmeden doğan borcun hiç ifa edilmemesi ile aynı hukuki sonuç öngörülmüştür. Alacaklı ya borcun ifasını ya da cezaî şartı birbirine alternatif olarak talep edebilecektir⁴⁸⁴.

Alman Hukuku'nda asıl sözleşmeden doğan borcun gereği gibi ifa edilmemesi hali, herhangi bir ayırım yapılmadan BGB m.341'de “*ifaya eklenen cezaî şart*” olarak, Türk ve İsviçre Hukuku'ndan farklı hukuki sonuca bağlanmıştır.

⁴⁸⁰ Oser, Schönenberger, Art 97 OR, N.4; Bentele, s.91.

⁴⁸¹ Bentele, s.89, Santoro, s.14-15.

⁴⁸² Becker, **Berner Kommentar**, Art 160, N.28; Bucher, s.527; Keller, Schöbi, s.112.

⁴⁸³ Bentele, s.88; Santoro, s.15.

⁴⁸⁴ Borcun hiç ifa edilmemesi başlığı altında da belirtildiği gibi, burada da doktrinde bir görüş olarak, cezaî şartın alternatifinin asıl sözleşmenin ifası olmadığı, gereği gibi ifa etmemenin hukuki sonuçları olduğu savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. Bentele, s.92; Santoro, s.15.

2. Seçim Beyanı

a. Seçim Beyanında Bulunmanın Şekli

Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali için cezaî şart kararlaştırılmış olması halinde alacaklı, asıl borcun ifası ile cezaî şart arasında seçimde bulunacaktır. Alacaklı, edimler arasında tercihini, seçim beyanı yoluyla kullanmaktadır. TBK m.179'da alacaklının seçim beyanı, hiçbir şekil şartına bağlanmamıştır. Dolayısıyla bu beyan, yazılı veya sözlü hatta alacaklının davranışları dikkate alınarak zîmnen dahi yapılabilecektir. Örneğin alacaklının, asıl borcun ifasına yönelik dava açması, cezaî şart yerine asıl borcun ifası yönünde seçim hakkını kullandığı şeklinde yorumlanabilecektir⁴⁸⁵. Alacaklının, borçlunun teklif ettiği cezaî şartı kabul etmesi halinde de durum böyledir⁴⁸⁶.

Alacaklının seçim beyanında bulunması şekil şartına bağlı olmamasına rağmen, tarafların bu beyanda bulunmayı şekil şartına bağlamaları mümkündür. Şüphesiz tarafların yapacakları böyle bir kararlaştırma, ispat bakımından yarar sağlayacaktır⁴⁸⁷.

b. Seçim Beyanının Hukuki Niteliği

(1) Genel Olarak

Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde kanundaki hukuki sonuçların elde edilebilmesi için, alacaklının seçim beyanında bulunması gerekmektedir. Zira bu hukuki sonuçların ortaya çıkması için borcun ihlal edilmesi, yani muaccel olması gerekli ise de alacaklının bu sonuçları elde etmesi için yeterli değildir. Buna göre alacaklı, dilerse borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle aynen ifayı veya aynen ifa mümkün değilse zararın tazminini, dilerse sözleşme ilişkisini sona

⁴⁸⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.110.

⁴⁸⁶ Becker, Art 72 OR, N.7; Von Tuhr, Peter, s.79; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, C.1, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, §7, N.7; Eren, s.991.

⁴⁸⁷ Kocaağa, s.255.

erdirerek cezaî şartı talep edebilecektir. Fakat doktrinde, alacaklının seçim beyanının hukuki niteliği oldukça tartışmalıdır. Hukukumuzda olduğu gibi mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda, seçim beyanının hukuki niteliği hakkında herhangi bir açıklık olmadığı için farklı görüşler ortaya atılmıştır. Seçim beyanının hukuki niteliğinin tespiti, özellikle borcun imkânsızlığı ve alacaklının yaptığı seçimden dönüp dönemeyeceği konuları bakımından önem arz etmektedir.

(2) Seçimlik Yetki Görüşü

Alacaklının sözleşmeden doğan borcun ifası ile cezaî şart arasında yapacağı seçimin hukuki niteliği, bir görüşe göre seçimlik yetki (*Alternativermächtigung*)⁴⁸⁸ ya da diğer bir deyişle “edimi değiştirme yetkisi⁴⁸⁹”dır. Seçimlik yetki, alacaklıya ya da borçluya tanınabilecektir⁴⁹⁰.

Seçimlik yetkide, sözleşme yapıldığı anda borçlu tek bir asıl edimden sorumlu tutulmaktadır. Bununla beraber asıl edim yerine, sözleşmede kararlaştırılan ya da kanunda yer alan⁴⁹¹ bir başka edimi ifa ederek (*yedek edim*) borçtan kurtulma imkânı tanınmaktadır⁴⁹². Yetki sahibi tarafından, seçimlik yetkinin kullanıldığı karşı tarafa ulaşınca kadar, borcun konusunu asıl edim oluşturmaktadır⁴⁹³.

⁴⁸⁸ Becker, **Berner Kommentar**, Art 160, N.28; Oser, Schönenberger, Art 160, N.5; BSK OR I- Ehrat, Art 160, N.17; Gauch, Schluep, Rey, Rn.4017; Bucher, s.528. Türk Hukuku'nda bu görüşte bkz. Tekinay vd., s.348-349; Eren, s.1212; Hatemi, Gökyayla, s.380. Seçimlik yetkinin Latincesi ise *facultas alternativa*’dır.

⁴⁸⁹ Bu terimi kullanan yazarlar için bkz. Oğuzman, Öz, I, s.284; Tekinay vd., s.817.

⁴⁹⁰ Seçimlik yetki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Becker, Berner Kommentar, Art 160, N.28; Gauch, Schluep, Rey, Rn.4017; Bucher, s.528; Guhl, Merz, Druey, Nr. 3926; Keller, Schöbi, s.112; Oser, Schönenberger, Art 160 OR, N.5. Türk Hukuku için bkz. Tekinay vd., s.348-349, s.817 vd..

⁴⁹¹ Kanundan doğan yedek edime örnek olarak ise cayma tazminatı ve dönme cezasına ilişkin bazı hükümler verilmektedir. Bu örnekler için bkz. Tekinay vd., s.818. Yine başka bir örnek ise TBK m.99’da yer alan “ülke parası ile” ödemeye ilişkin hükümdür.

Seçimlik yetki, Türk Borçlar Kanunu’nda özel olarak düzenlenmemiş olup, kanuni seçimlik yetki olarak TBK m.99’da bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme hakkında Bkz. Özer Seliçi, “Seçimlik Borçların İfası”, **İÜHF**, C.XXXIV, S.1-4, 1969, s.384. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Nomer, Rn.156.

⁴⁹² Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, I, s.284; Tekinay vd., s.817-818; Eren, s.995 vd.; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.33; Nomer, Rn.156.1; İstanbul Şerhi/Aydıncık, m.87, N.4.

⁴⁹³ Von Tuhr, Escher, s.77; Oğuzman, Öz, I, s.284; Tekinay vd., s.817-818; Eren, s.996. Her ne kadar Alman Hukuku’nda seçimlik yetkinin yenilik doğuran bir hak olduğu kabul edilse de Von Tuhr, Peter aksi görüştedir. Seçimlik yetki, yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmeyince, alacaklının/borçlunun seçtiği edimden alacaklı/borçlu kabul edene kadar dönme imkânı mevcuttur. Bkz. Von Tuhr, Peter, s.82; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, §7, N.7; Seliçi, s.383. Alman Hukuku’nda yenilik doğuran hak olduğu görüşü için bkz. Hans Merz, **Schweizerisches Privatrecht**, VI/1, Basel und

Seçimlik yetkiyi, seçimlik borç veya seçimlik haktan ayıran en önemli husus, asıl borcun kusursuz olarak imkânsızlaşması halinde, asıl borcun yerine geçen yedek edim yetkisinin de sona ermesidir. Bunun nedeni ise seçimlik yetkide esas borçlanılan edimin, asıl edim olarak kabul edilmesidir⁴⁹⁴. Yine seçimlik yetki halinde, alacaklı kendisine tanınan bu yetkiyi kullanmadıkça, borçlu asıl edimi ifa ederek borcundan kurtulabilecektir. Borçlu, alacaklının seçim yetkisini kullanmasını beklemek zorunda değildir⁴⁹⁵.

Seçimlik yetkinin, özellikle henüz muaccel olmamış seçimlik cezaî şart ile ortak noktaları dikkat çekmektedir. Keza her iki kurum bakımından da asıl edimin yanı sıra, tali bir edim söz konusudur. Yine seçim yetkisinin borçluya bırakıldığı hallerde, seçimlik cezaî şartta olduğu gibi, borçlunun kusuru olmadan asıl edim imkânsızlaşırsa tali borç da sona erecektir⁴⁹⁶. Ayrıca seçimlik yetki halinde nasıl öncelikle ifa edilmesi gereken edim asıl edim ise seçimlik cezaî şartta da borçlu kendisinden cezaî şart talep edilmedikçe, yalnızca asıl sözleşmeden doğan borcu ifa etmekle yükümlüdür⁴⁹⁷.

Seçimlik cezaî şartın, seçimlik yetki olarak kabul edilmesinin eleştirilecek yanları da vardır. Seçimlik cezaî şart muaccel olduktan sonra ortada biri asıl biri tali borç değil, artık birbirine denk iki bağımsız borç bahis konusudur⁴⁹⁸.

Özellikle İsviçre Hukuku'nda savunulan bir görüşe göre, seçimlik yetkide edimler arasında tercih yapıldığında diğer edimin ortadan kalkması, seçimlik cezaî şarttan bu kurumu ayıran önemli bir nokta olarak görülmektedir. Zira seçimlik yetkinin kullanılması, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması anlamına gelmektedir. Fakat bu görüş uyarınca, seçimlik cezaî şart söz konusu ise şart gerçekleşince, öncelikle asıl

Frankfurt am Main, 1984, 140. Türk Hukuku'nda alacaklının seçimlik yetkisinin ne tam olarak yetki ne de seçimlik borç olduğu, kıyasen seçimlik borç hükümleri uygulanması gerektiği ve sonucunda yenilik doğuran bir hak kullanıldığından alacaklı seçim hakkını kullandıktan sonra artık dönülemeyeceği görüşünde bkz. Eren, s.1212-1213, 991. Karş. Serozan, s.90. Ayrıca cezaî şart talep edilirse bu talepten dönülemeyeceği, fakat asıl borcun ifası talep edilmiş ve sonuçsuz kalmışsa cezaî şart istenebileceği yönünde ikili bir ayırım yapan görüş için bkz. BSK OR I- Ehrt, Art 160, N.18; Tekinay vd., s.349.

⁴⁹⁴ Von Tuhr, Escher, s.77; Keller, Schöbi, s.166; Reck, s.110; Bucher, s.299; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.33; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, §7, N.7; Tekinay vd., s.817-818; Eren, s.996; Nomer, R.156.1; İstanbul Şerhi/Aydıncık, m.87, N.4.

⁴⁹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, §7, N.9.

⁴⁹⁶ Alternatif seçim yetkisi hakkında bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.33; Tekinay vd., s.818.

⁴⁹⁷ Tekinay vd., s.349.

⁴⁹⁸ Bu farklılık için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.107; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s.47.

sözleşmeden doğan edimin talep edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Ancak borçlu bu edimi yerine getirmez ise cezaî şart talep edilmesi mümkün görülmektedir. Dolayısıyla bu gerekçe ile de seçimlik cezaî şartın, seçimlik yetki niteliğini haiz olmadığı ileri sürülmektedir⁴⁹⁹. Bu noktada belirtilmelidir ki Türk Hukuku’nda aksine kararlaştırma yapılmadıkça, asıl edimin ifası ile cezaî şart arasında öncelik sırası bulunmamaktadır.

(3) Seçimlik Borç Görüşü

Seçimlik cezaî şart bakımından alacaklının seçim beyanının hukuki niteliğinin, TBK m.86-87 (OR m.72) anlamında “seçimlik borç (*Wahlobligation*)” olduğunu ileri süren başka bir görüş de vardır⁵⁰⁰.

Seçimlik borç halinde borçlu, birden fazla edim arasından yapılacak bir seçim sonunda, yalnız birinin ifası ile sorumlu tutulmaktadır⁵⁰¹. Seçimlik borç mevcut ise borcun konusu birkaç edimden oluşmakla birlikte, seçim beyanında bulunulması yoluyla ifanın konusu bunlardan sadece birisi olmaktadır. Borç, baştan itibaren geçerli olarak doğmuştur. Sadece birden fazla edimden hangisinin ifa edileceği belirsizdir⁵⁰². Bu edimler arasından birinin seçimi, işin niteliği gereği veya tarafların arasında yaptıkları anlaşmaya binaen borçluya, alacaklıya veya üçüncü bir kişiye bırakılabilmektedir. Fakat bu konuda aksine bir kararlaştırma yoksa edimlerden birini seçmek, kanunen borçlunun yükümlülüğüdür (TBK m.87)⁵⁰³.

Seçimlik cezaî şartın, seçimlik borca benzediği nokta, birçok edim içinden sadece birinin ifa edilecek olmasıdır. Bununla beraber seçimlik cezaî şart ile seçimlik

⁴⁹⁹ Von Tuhr, Escher, s.281; Guhl, Merz, Kummer, s.519, s.554; Reck, s.111.

⁵⁰⁰ Schoch, s.3.

⁵⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Von Tuhr, Peter, s.77; Keller, Schöbi, s.204; Eren, s.988 vd.; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.32; Oğuzman, Öz, I, s.285; Tekinay vd., s.811; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, §7, N.7; Tunçomağ, **TBK**, s.74; Serozan, s.85 vd.; İstanbul Şerhi/Aydıncık, m.87, N.2; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s.46. Esasen seçimlik borç halinde belirsiz olan durum, borçlunun borçlanıp borçlanmadığı değildir. Buradaki belirsizlik borçlanılmış birden çok edimden hangisinin ifa edileceğine yöneliktir. Bkz. Von Tuhr, Peter, s.78; Eren, s.989; İstanbul Şerhi/Aydıncık, m.87, N.4.

⁵⁰² Oğuzman, Öz, I, s.285; Nomer, Rn.156; İstanbul Şerhi/Aydıncık, m.87, N.2-3. Seçimlik borç halinde, seçim beyanında bulunulmasının, değiştirici yenilik doğuran işlem olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Von Tuhr, Peter, s.79; Oğuzman, Öz, 2014, s.292; Kocayusufpaşaoğlu, §7, N.4; Tekinay vd., s.814; Seliçi, s.386; Nomer, Rn.156; İstanbul Şerhi/Aydıncık, m.87, N.5. Buna rağmen karşı tarafın beyanı öğrenmesine kadar, beyandan dönülebileceği ileri sürülmektedir. Bkz. Oğuzman, Öz, I, s.285.

⁵⁰³ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.32; Oğuzman, Öz, I, s.285-286; Eren, s.991; Tekinay vd., s.813-814; Nomer, Rn.156; İstanbul Şerhi/Aydıncık, m.87, N.6-7.

borç esasen birbirinden oldukça farklıdır. Nitekim seçimlik cezaî şart söz konusu ise cezaî şart anlaşmasının muaccel olmasından önce, biri asli biri fer'i olmak üzere iki borç mevcuttur. Oysaki seçimlik borçta, birbirine denk ve bağımsız edimlerden sadece birisi borçlanılmaktadır⁵⁰⁴.

Seçimlik borç ile seçimlik cezaî şart arasındaki diğer önemli bir farklılık ise edimlerden birinin imkânsızlaşması halinde ortaya çıkmaktadır. Seçimlik borcun mevcut olması halinde, taraflardan hiçbiri imkânsızlıktan sorumlu tutulamıyorsa, borç ilişkisi sona ermemektedir. Aksine borçlu, diğer edimi ifa etmekle yükümlü olacaktır⁵⁰⁵. Buna karşılık seçimlik cezaî şart kararlaştırılmışsa, kusursuz imkânsızlık halinde ne cezaî şart ne de asıl borcun ifası talep edilebilecektir (*TBK m.182/2*)⁵⁰⁶. Gerçekten de seçimlik cezaî şartta, sadece asıl edimin borçluya yüklenebilen bir nedenle imkânsızlaşması halinde cezaî şart talep edilebilecektir.

Bu iki kurum bakımından doktrinde ileri sürülen bir başka farklılık ise sözleşmenin kurulması aşamasında, seçimlik cezaî şartın ileride muaccel hale gelip gelmeyeceği henüz şüpheli iken; seçimlik borçta bu aşamada borç doğmuş olup, sadece ifanın konusu belirsizdir⁵⁰⁷.

Seçimlik cezaî şart ile seçimlik borç arasında sayılan tüm bu farklılıklara rağmen Tunçomağ, diğer benzer hukuki kurumlara nazaran seçimlik borç kavramının, seçimlik cezaî şart ile daha çok ortak noktası bulunduğuna dikkat çekmektedir. Dolayısıyla yazar, seçimlik borç hükümlerinin, seçimlik cezaî şartta kıyasen uygulanmasının isabetli olacağını ileri sürmektedir⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ Von Tuhr, Peter, s.81; Eren, s.989; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.32.

⁵⁰⁵ Von Tuhr, Peter, s.81; Becker, Art 72 OR, N.13; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.33; Bilge, 54-55; Oğuzman, Öz, I, s.286; Eren, s.993; Tekinay vd., s.817; Seliçi, s.396; Nomer, Rn.156; İstanbul Şerhi/Aydıncık, m.87, N.13.

⁵⁰⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.33; Bilge, s.55; Tekinay vd., s.817; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s.45-46.

⁵⁰⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.32-33. Tüm bu farklılıklar dolayısıyla borcun ifa edilememesi halinde, bir edimde bulunulması kararlaştırılmayıp, belirli bir borcun ifası veya belirli miktarın ödenmesi taahhüt edilmişse, cezaî şart değil seçimlik borç mevcut olduğu kabul edilmektedir. Bu noktada seçim hakkının taraflardan hangisine ait olduğunun da önemi yoktur. Buna karşılık borcun ifa edilmemesi halinde bir edimde bulunulması kararlaştırılmışsa cezaî şart kavramından söz edilecektir. Bkz. Bilge, s.55; Tekinay vd., s.817.

⁵⁰⁸ Bu görüşün kabul edilme gerekçesine ve diğer görüşlerin eleştirisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.106-107. Ayrıca benzer yönde bir görüş için bkz. Eren, s.1212.

(4) Seçim Hakkı Görüşü

Seçim beyanının hukuki niteliğini değerlendiren diğer bir görüşe göre ise alacaklının seçim beyanının ne seçimlik yetki ne de seçimlik borç olduğu savunulabilecektir⁵⁰⁹. Özellikle Alman Hukuku'nda kabul edilen bu görüşe göre, seçimlik cezaî şart kararlaştırılması halinde alacaklının seçim beyanının, seçim hakkı (*Wahlrecht ya da elektiver Konkurrenz*) niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir⁵¹⁰.

Seçim hakkı, borç ilişkisinin birden çok hakkı içermesi ve alacaklının birbiri ile yarışan bu haklar arasından seçim yapması durumunu düzenlemektedir⁵¹¹. Seçimlik cezaî şart bakımından alacaklının seçim hakkının olduğu kabul edildiğinde, bu hakkın ancak cezaî şart muaccel olduktan sonra kullanılması mümkündür. Muacceliyet anına kadar ise alacaklı sadece borcun ifa edilmesini talep edebilecektir⁵¹².

Alacaklı, seçim hakkını cezaî şart ödenmesi yönünde kullanırsa, artık bu talebinden dönmeyecektir. Bu durumda alacaklının, cezaî şart yerine borcun ifasını talep etme hakkı ortadan kalkmıştır⁵¹³. Nitekim alacaklının seçim hakkını tek taraflı ve karşı tarafa varması gereken bir irade beyanı ile kullanması gerektiği belirtilmektedir⁵¹⁴. Burada bahsi geçen seçim hakkının, değiştirici yenilik doğuran bir

⁵⁰⁹ Palandt, Art 340, N.4; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 341, N.3; Staudinger, Rieble, Art 349, N.18; MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.9; Erman/Schaub, Art 340, Rn.3.

⁵¹⁰ Palandt, Art 340, N.4; MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.9; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 341, N.3; Merz, s.141; Staudinger, Rieble, Art 340, N.22; Soergel, Lindacher, Art 340 OR, N.6. İsviçre Hukuku'nda bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Bentele, s.93; Koller, §81, Rn. 58; Santoro, s.19. Türk Hukuku'nda bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Bilge, s.97 vd.; Buz, s.12; Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s.975; Kocağa, s.245-246. Türk Hukuku'nda doktrinde bir görüşe göre, seçim hakkı farklı bir kavram değil, seçimlik borç ilişkisi içerisinde seçim beyanını ifade etmek üzere kullanılan bir terimdir. Bu yönde bkz. Eren, s.990.

⁵¹¹ Staudinger, Rieble, Art 340, N.25; Bentele, s.93; Santoro, s.18.

⁵¹² Bentele, s.93-93; Santoro, s.18-19. Staudinger, Rieble, Art 340, N.2. Bir görüş ise alacaklının seçim hakkını kullanması anına kadar borçlunun, asıl borcun ifasını alacaklıya teklif ederek, cezaî şart ödemekten kurtulabileceğini kabul etmektedir. Bkz. Soergel, Lindacher, Art 340 OR, N.6.

⁵¹³ Staudinger, Rieble, Art 340, N.26; Bilge, s.99.

⁵¹⁴ Erman/Schaub, Art 340, Rn.3; Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Borçların İfası-Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları**, C.III, 2. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018, s.484-485; Cansel, Özel, s.722; Kocağa, s.248; Ekinci, s.306. Seçim hakkının değiştirici yenilik doğuran hak olarak kabul edilmesi halinde normal şartlarda bu hak kullanıldıktan sonra dönülemez kabul edilmelidir. Zira bu hak kullanılınca, seçilen borç kesin borca dönüşmektedir. Borçlu, alacaklının talep ettiği edimi yerine getirmezse alacaklı artık sadece borca aykırılığa ilişkin genel hükümlere veya temerrüt hükmüne (TBK m.112 vd.; TBK m.117) başvurabilecektir. Aksi kabul hukuki ilişkisinin güvenilirliğini zedeleyici niteliktedir. Bu görüşte bkz. Becker, Art 160 OR, N.29; Eren, s.1212; Kılıçoğlu, s.976; Ekinci, s.312. Bununla birlikte diğer bir görüşe göre, alacaklının seçtiği edime göre bir ayırım yapılmalıdır. Eğer alacaklı cezaî şartın ifa edilmesini talep etmişse, bu talebinden dönüp asıl

hak olduğu ifade edilmektedir; bu nedenle bu hak kullanıldıktan sonra dönülemeyecektir⁵¹⁵.

Bu noktada belirtilmelidir ki cezaî şart ile borcun ifası arasında seçim hakkının alacaklıda olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten de cezaî şartın amaçlarından biri, borcun ihlali halinde alacaklının haklarının güvence altına alınmasıdır⁵¹⁶. Dolayısıyla borçlu, cezaî şart ödememek için zararın tazmin edilmesi yoluyla alacaklının seçim hakkına müdahale edememelidir. Bu durum özellikle alacaklının, cezaî şart dışındaki edimlere ihtiyacı olmadığı hallerde önem kazanmaktadır⁵¹⁷. Bu nedenle alacaklının seçim hakkı devam ederken borçlunun, alacaklının kararını etkileyecek davranışlardan kaçınması gerektiğine dikkat çekilmektedir⁵¹⁸. Yine alacaklının seçim hakkını borcun ifasını yönünde kullanması halinde, borçlunun cezaî şart ödeyerek sözleşme ilişkisini sona erdirmeye yetkisi yoktur. Aksi kabul, alacaklının seçim hakkına müdahale olarak görülmektedir. Aynı gerekçeyle cezaî şart muaccel olduktan sonra, fakat alacaklı henüz seçim hakkını kullanmadan önce, borçlunun cezaî şartı ödemeyi seçerek

borcun ifasını isteyemez. Dolayısıyla alacaklı seçim hakkını kullanmadan önce kendisi için en isabetli tercihin hangisi olduğunu dikkate alarak karara varmalıdır. Fakat alacaklı asıl borcun ifasını talep etmişse ve borçlu bu talebi yerine getirmezse alacaklı talebinden dönerek cezaî şartın ifasını isteyebilecektir. Bu görüş için bkz. Oser, Schönerberger, Art 160, N.5; Von Tuhr, Escher, s.281-282; Tekinay vd., s.349; Buz, s.12. Ayrıca karşı. Gauch, Schluep, Rey, Rn.3926. Bilge, bu ayrımın yapılmasını savunmakla birlikte, farklı olarak burada alacaklının seçim hakkının yenilik doğuran hak olduğunu da ileri sürmektedir. Yazar, normal şartlarda yenilik doğuran haktan dönülemeyeceğini kabul ederken, asıl borcun borçlu tarafından ifa edilmemesi halinde cezaî şart istenememesini hakkaniyete uygun bulmayarak bir istisna tanımaktadır. Bkz. Bilge, s.99-100. Alman Hukuku'nda bu konuda bir hususa dikkat edilmelidir. BGB m.340/1'in ikinci cümlesinde, alacaklının borçluya cezaî şart talebinde bulunması halinde asıl borcun ifasını talep etme hakkının ortadan kalkacağı açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte alacaklının asıl borcun ifasını talep etmiş olması halinde, cezaî şart talep etme hakkının tamamen ortadan kalkıp kalkmayacağı düzenlenmemiştir. Kanunda açık bir düzenleme olmadığından yola çıkılarak, asıl borç yerine getirilmezse cezaî şart talep edilebileceği savunulmaktadır. Şüphesiz alacaklı sözleşmenin ifasını talep etme hakkını seçer ve borçlu da bunu kabul ederse, BGB m.362 gereği borç ilişkisi ortadan kalkacağından, cezaî şart artık istenemeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Staudinger, Rieble, Art 340, N.26; MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.10. Seçim hakkının yenilik doğuran bir hak olduğu kabul edilmesine rağmen, genel kuraldan ayrılmanın gerekçesi ise aksi kabul halinde alacaklı, cezaî şart anlaşmasının muaccel olmasından önceki duruma göre bile daha zayıf bir korumaya sahip olacağıdır. Bu gerekçe için bkz. Staudinger, Rieble, Art 340, Rn.26.

⁵¹⁵ Erman/Schaub, Art 340, Rn.3; Kocaağa, s.248. Ayrıca bkz. Palandt, Art 340, N.4; Santoro, s.18-19. Türk Hukuku'nda seçim beyanının değiştirici yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.107; Oğuzman, Öz, I, s.285; Tekinay vd., s.814; Eren, s.1212-1213; Keser, s.23. Seçim hakkından geri dönülebileceği yönünde bkz. Antalya, **C.III**, s.485.

⁵¹⁶ Erman/Schaub, Art 340, Rn.3; Staudinger, Rieble, Art 340, N.22; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3926. Bu yetkinin alacaklıda veya borçluda olabileceği yönünde bkz. Bucher, s.299.

⁵¹⁷ Erman/Schaub, Art 340, Rn.3; Becker, Art. 160 N.29; Soergel, Lindacher, Art 340 OR, N.6; Santoro, s.17-18.

⁵¹⁸ Erman/Schaub, Art 340, Rn.3; Staudinger, Rieble, Art 340, N.27; Jauernig, Art 340, N.4.

sözleşmeden doğan borcunu ifa etmekten kurtulması da mümkün değildir⁵¹⁹. Dönme cezası bu kuralın istisnasıdır.

Alman Hukuku'nda BGB m.264/2'de seçimlik borçlar için öngörüldüğü üzere, borçlu bir süre belirleyerek, alacaklıyı bu süre içinde seçim hakkını kullanması için zorlayamaz. Fakat alacaklı da BGB m.242 uyarınca, dürüstlük kuralını dikkate alarak, makul bir süre içinde bu hakkını kullanmalıdır⁵²⁰. Aynı husus seçim beyanının seçim hakkı olarak kabulü halinde, seçimlik cezaî şart bakımından da geçerli görülmelidir. Borçlu, alacaklıyı dürüstlük kuralına uygun bir süre geçmedikçe sözleşmenin ifası veya cezaî şart arasında seçim yapmaya zorlayamayacaktır.

(5) Değerlendirme ve Görüşümüz

Doktrinde ileri sürülen söz konusu üç görüş değerlendirildiğinde, kanaatimiz seçim beyanının yenilik doğuran bir hak olan “*seçim hakkı*” niteliğine sahip olduğu yönündedir. Zira seçimlik cezaî şartta, cezaî şart anlaşması muaccel olduktan sonra asıl sözleşmenin ifası ve cezaî şart birbirinden bağımsız edimlere dönüşmektedir. Bu nedenle seçimlik cezaî şart halinde seçim beyanının, biri asıl biri yedek edim arasından seçim yapılmasını öngören seçimlik yetki ile örtüşmediği açıktır. Kuşkusuz bu noktadan seçimlik cezaî şarttaki seçim beyanının, seçimlik borca yaklaştığı ifade edilebilecektir. Nitekim her iki kurum bakımından da iki bağımsız edim arasından seçim yapılması gerekmektedir. Buna karşılık seçimlik borç ile seçimlik cezaî şart, edimlerden birinin borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaşması halinin doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Seçimlik borçta, bu halde diğer edimin ödenmesi ile borç sona erdirilebilecekken, seçimlik cezaî şart bakımından kanunen cezaî şartın ifası da istenemeyecektir.

Yukarıda izah etmeye çalıştığımız gerekçeler ile seçim beyanının, seçimlik borç ya da seçimlik yetki olmadığı, bununla birlikte Alman Hukuku'nda savunulan ve

⁵¹⁹ Erman/Schaub, Art 340, Rn.3; Staudinger, Rieble, Art 340, N.27; Jauernig, Art 340, N.4.

⁵²⁰ Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre borçlu istisnaen bir halde alacaklının seçim yapmasını hızlandırabilecektir. Borçlu, borcun ifasını teklif ederek cezaî şartı tetikleyen borçlu temerrüdüne son verebilecektir, fakat bu teklif alacaklının alacaklı temerrüdüne düşmesine yol açmayacaktır; zira alacaklı, teklif edilen edimi kabul etmekle yükümlü değildir. Bkz. Staudinger, Rieble, Art 340, N.32.

bu konuda monografi yazmış İsviçreli yazarların da katıldığı seçim hakkı görüşünün daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Zira TBK m.179/1'in lafzı da açıktır ki, alacaklı veya bu hak kendisine tanınmış ise borçlu⁵²¹, iki edim arasından seçim yapmakla “yükümlü” tutulmamıştır. Kanunda alacaklıya, seçimlik cezaî şart kararlaştırılması halinde iki hak arasından seçim yapma “imkânı” diğer bir deyişle “hakkı” tanınmıştır. Alacaklı kendisine tanınan bu hakkı dürstlük kuralına uygun bir süre içinde kullanmalıdır⁵²². Alacaklıya bu düzenleme çerçevesinde yasaklanan tek husus ise aksi kararlaştırılmadıkça her iki hakkın birlikte talep edilmesidir.

Yargıtay da son yıllarda verdiği kararlarında, seçimlik cezaî şart kararlaştırılması halinde alacaklının seçim hakkı olduğunu belirtmektedir⁵²³.

c. Seçim Beyanında Bulunma Süresi

Alacaklının, cezaî şart veya asıl borcun ifası arasında seçim hakkını kullanması için kanunda herhangi bir süre sınırlaması düzenlenmemiştir. Kuşkusuz alacaklının bu hakkı kullanması için dilediği kadar süreye sahip olduğu da savunulamayacaktır.

⁵²¹ TBK m.179'da bu hak açıkça alacaklıya tanınmıştır. Fakat taraflar, “aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça” ifadesinden yola çıkarak bu hakkı borçluya tanıyabilecekleri gibi, tarafların yetkili temsilcileri aracılığı ile kullanmasını da kararlaştırabileceklerdir. Bu görüşte bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.108.

⁵²² Seçim hakkının kullanılması gereken süre ve süresinde kullanılmayan seçim hakkının hukuki sonuçları hakkında bilgi için bkz. 1. Bölüm, VIII, A, 2, c.

⁵²³ 2017 tarihli bir Yargıtay kararında aynen şu ifadelere yer verilmiştir: “...Bu hükme göre, taraflar, sözleşmede borçlunun ya borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi ya da ceza koşulunun ödenmesini kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda, borçlu borca uygun hareketle yükümlüdür. Ancak, borçlu borca uygun hareket etmediği takdirde, kendisini bir yaptırım beklemektedir. Bu yaptırım, sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunun ödenmesidir. Bu hüküm, borçluya borca aykırı davranarak ve böylece ifası gereken edim yerine kararlaştırılan ceza koşulunu ödeyerek borçtan kurtulma olanağını vermemektedir. Borçlu borca aykırı davrandığı takdirde, sözleşmede ceza koşulu kararlaştırılmasına rağmen, alacaklı borçludan aynen ifayı talep edebilir. Bu nedenle, 6098 s. TBK. m. 179 f. I (818 s. BK. m. 158 f I)'de borçluya borca aykırı davranarak bunun yerine ceza koşulu ödeyip borçtan kurtulma yetkisini değil, buna karar verme yetkisini alacaklıya vermiştir. Alacaklı, borçlunun borca aykırı davranışı halinde, aynen ifayı talep edebileceği gibi, bundan vazgeçerek ceza koşulunun ödenmesini talep edebilir. Burada, alacaklıya tanınmış bir seçimlik hak söz konusudur. Bu nedenledir ki, ceza koşulunun bu türüne “seçimlik ceza koşulu” (seçimlik cezaî şart) adı verilmektedir (..., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. ..., ... 2012, s. 773)...”. Bkz. Y.3.HD., T. 19.12.2017, E. 2017/9691, K. 2017/17807, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018. Aynı yönde bkz. Y.15.HD., T.4.12.2017, E. 2017/2402, K. 2017/4258, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018; Y.3.HD., T. 5.2.2013, E. 2012/18720, K. 2013/1653, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018.

Nitekim alacaklının seçimini bir an önce açıklamasında borçlunun haklı menfaati olduğu açıktır⁵²⁴.

Seçim beyanının hukuki niteliği gibi, alacaklı tarafından seçim hakkının süresinde kullanılmamasının hukuki sonuçları da doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, alacaklının seçim beyanında bulunması için uyması gereken süre, her ne kadar seçim beyanı seçimlik yetki niteliğini haiz olsa da seçimlik borç hükümlerinin kıyasen uygulanması ile çözüme kavuşturulabilecektir. Bu görüşe göre, seçim hakkı alacaklıda olduğu sürece, borçlu bu hakkı kullanması için TBK m.106 hükümleri uyarınca süre tanıyarak, alacaklıyı temerrüde düşürebilecektir. Devamında ise borçlu, TBK m.110'un kıyasen uygulanması sonucu, belirli bir edim mevcut olmadığından edimleri tevdi etmek yerine, sözleşmeden dönme yoluna gidebilecektir⁵²⁵. Bu noktada belirtilmelidir ki Alman Hukuku'nda BGB m.264/2 uyarınca seçimlik borçlarda alacaklı seçim hakkını kullanmazsa, borçlu tarafından önce ihtar edilir. Bu süre içinde de seçim hakkını kullanmazsa, bu hak borçluya geçer⁵²⁶. Buna karşılık Türk ve İsviçre Hukuku'nda bu yönde bir hüküm olmadığından, seçim yapma hakkı borçluya geçmeyecektir⁵²⁷. Bununla beraber seçim hakkı borçluya verilmiş ise borçlu, makul süre içinde seçim beyanında bulunmasa bile, bu hak doğrudan alacaklıya da geçmeyecektir. Bu durumda alacaklı, ya TBK m.125'de yer alan borçlu temerrüdünün

⁵²⁴ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.108; Hatemi, Gökyayla, s.381.

⁵²⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.108; Eren, s.991-992, 1212; Ekinci, s.308-309.

⁵²⁶ Alman Hukuku'nda seçimlik borçlarda, alacaklı kanunen kendisine tanınmış seçim hakkını kullanmazsa, BGB m.264/2 uyarınca borçlu tarafından kendisine seçim hakkını kullanması için süre verilir, yani ihtar edilir. Alacaklı ihtar süresi içinde de bu hakkını kullanmazsa, seçim hakkı borçluya geçecektir. Buna karşılık Alman Hukuku'nda hâkim görüşe göre, seçimlik borca ilişkin BGB m.264/2 düzenlemesinin, seçimlik cezaî şartta alacaklının seçim beyanının seçim hakkı olarak kabul edilmesi dolayısıyla uygulanabilirliği olmadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle borçlunun alacaklıya seçim hakkını kullanması için süre veremeyeceği, ancak alacaklının da dürüstlük kuralı gereği makul bir süre içinde bu hakkını kullanması gerektiği ileri sürülmektedir. Fakat makul sürenin aşılmasının hukuki sonuçlarına ise yer verilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.9.İsviçre Hukuku'nda bu yönde bkz. Oser, Schönenberger, Art 72 OR, N.11; Bentele, s.94. İsviçre Hukuku'nda Koller ise kanunda süre sınırı yer almasa da alacaklının dürüstlük kuralına uygun bir sürede bu hakkını kullanması gerektiği savunmaktadır. Bunun yanı sıra yazar, bu hakkın makul süre içinde kullanılmaması halinde seçimlik borç hükmünün kıyasen uygulanmasını belirtmektedir. Yani yazara göre, borçlu, alacaklının seçim hakkını kullanması için ihtarda bulunarak süre tanıyabilmeli ve bu süre aşılsa seçim hakkı borçluya geçmelidir. Bu görüş için bkz. Koller, s.1329. Türk Hukuku'nda alacaklının bu hakkını, doğruluk ve dürüstlük kuralına uygun kullanması gerektiği yönünde bkz. Buz, s.12.

⁵²⁷ Von Tuhr, Peter, s.80; Becker, Art 72 OR, N.8; Hatemi, Gökyayla, s.381. Alacaklı temerrüdü hükümleri gereği, seçim hakkının borçluya geçeceği yönünde aksi görüşte bkz. Seliçi, s.394; Serozan, s.87; İstanbul Şerhi/Aydıncık, m.87, N.9.

hukuki sonuçlarına başvuracak ya da seçimlik hakkını kullanması için borçluya ifa davası açabilecektir⁵²⁸. Mahkemenin vereceği seçimlik karar sonrası ise alacaklı, bu edimlerden kendi seçimine göre sadece biri için icra takibinde bulunabilecektir⁵²⁹.

Başka bir görüşe göre ise TBK'da ve mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmeyen bu husus bakımından, BGB m.264 hükümleri örnek alınarak bir çözüme ulaşılması mümkündür. Eğer seçim hakkı alacaklıya ait olup, alacaklı bu hakkını kullanmamışsa borçlu, ifa fiiline katılma görevini yerine getirmediği gerekçesiyle seçim hakkını kullanması için alacaklıya ihtarda bulunur. Buna rağmen alacaklı seçim beyanında bulunmaz ise seçim hakkının borçluya geçeceği savunulmaktadır⁵³⁰. Seçim hakkı borçluya ait ise ilk görüşte kabul edilen hukuki sonuçlar bu görüş bakımından da kabul edilmektedir⁵³¹.

Kanaatimizce seçimlik cezaî şartta, alacaklının seçim hakkını dürüstlük kuralına uygun bir süre içinde yerine getirmemesi olasılığında, tipik bir alacaklı temerrüdü ortaya çıkmaktadır. Alacaklı temerrüdü sadece alacaklının gereği gibi sunulan ifayı kabul etmemesi halinde değil, TBK m.106 uyarınca haklı bir sebep olmaksızın borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması halinde de tezahür etmektedir⁵³². Bu

⁵²⁸ Ayrıca bkz. HMK m.112.

⁵²⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.108; Eren, s.992-993; Serozan, s.16; İstanbul Şerhi/Aydıncık, m.87, N.8. Bu davada alacaklı edimlerden herhangi birini dava konusu ederek ifasını isteyemeyecektir. Hâkim de borçlu yerine geçerek seçimde bulunamayacak, sadece borçlunun seçimlik bir ifade bulunmasına karar verecektir. Bunun üzerine borçlu, edimlerden tercih ettiğini yerine getirmekle yükümlü olmaktadır. Bu noktada ortaya çıkan sorun ise borçlunun mahkeme kararına rağmen seçimde bulunmaması halinde yapılacak icra takibinde izlenmesi gereken yoldur. Bir görüşe göre, alacaklı artık edimler arasında seçim yapabilecek ve seçtiği bu edimi icra takibine konu edebilecektir. Fakat borçlu, alacaklı icra yolu ile edimi elde edene kadar diğer edimi ifa ederek borcundan kurtulma yetkisine sahip olacaktır. Bu noktadan bakıldığında, bu görüş bakımından da BGB m.264'deki seçim hakkının borçluya geçtiği hükmüne yaklaşıldığı görülmektedir. Fakat aksi görüş kabul edilseydi ek olarak bir de tazminat davası açılması gerekcekti. Dolayısıyla aksi görüş pratik görülmemektedir. Bu görüş için bkz. Von Tuhr (Çev. Edege), s.75; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.108; Tekinay vd., s.815. Aksi görüşe göre ise icra takibinin de seçimlik yapılması gerektiği, borçlu yine seçilen edimi yerine getirmezse alacaklının sadece tazminat istemekle yetinmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. Becker, s.m.72, N.9. Yine seçim hakkı üçüncü kişiye bırakılmışsa ve üçüncü kişi seçim beyanında bulunmamışsa, bu yetkinin kullanılması HMK m.112 uyarınca seçimlik dava açılarak mahkemeden talep edilebilecektir. Bkz. Tekinay vd., s.816; Nomer, Rn.156.

⁵³⁰ Bu yönde Oser, Schöenberger, Art 72 OR, N.11; Bentele, s.93-94; Tekinay vd., s.815. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Von Tuhr (Çev.Edege), s.75.

⁵³¹ Tekinay vd., s.815.

⁵³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Von Tuhr, Escher, s.69; Keller, Schöbi, s.285; Oğuzman, Öz, I, s.352; Tunçomağ, **TBK**, s.756; Tekinay vd., s.837; Serozan, s.142-143.

halde borçlu, henüz ifayı fiilen yerine getirecek duruma gelmemiştir; çünkü alacaklı buna imkân vermemektedir⁵³³. Borçlar Hukuku'na ilişkin bir eserde bu duruma ilişkin olarak genellikle, seçim hakkının alacaklıda bulunduğu seçimlik borçta, alacaklının seçim hakkını kullanmadığı için borçlunun hangi edimi ifa edeceğini bilemediği örneği verilmektedir⁵³⁴. İşte bu örnek, seçimlik cezaî şart kararlaştırılmış olması halinde, alacaklının asıl edimin ifası/zararın tazmini ile cezaî şart arasında seçim hakkını, haklı sebep olmaksızın kullanmamasına tam olarak uygun düşmektedir. Dolayısıyla borçlu, alacaklı temerrüdünün kendisine sağladığı hukuki sonuçlardan (TBK m.107 vd.) yararlanabilecektir. İş sözleşmesinde kararlaştırılan seçimlik cezaî şart dikkate alındığında ise genellikle borçlunun edimi tevdi ederek borçtan kurtulması yerine, TBK m.110'da yer alan *“borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir”* şeklindeki düzenlemenin uygulama alanı bulacağı ifade edilmelidir.

İş sözleşmesinde verme borcu niteliğindeki asıl alacağın cezaî şarta bağlanması sıklıkla karşılaşılan bir durum değildir; daha çok yapma veya yapmama borcu ile karşılaşılmaktadır. Bu nedenle iş sözleşmesinde alacaklının, seçim hakkını süresinde kullanmaması halinde, borçlu sözleşmeden dönebilecektir (TBK m.123). Sözleşmeden dönmeden önce borçlu, alacaklıya bir önel verecek olup bu hakkını önel sonunda, önel verilmesine gerek olmayan hallerde (TBK m.124) ise hemen kullanabilecektir⁵³⁵. Böylelikle iş ilişkisi sürekli borç ilişkisi doğurduğundan, işçi de işveren de borçlarından ileriye etkili olarak kurtulacaktır. Borçlu, sözleşmeden dönme nedeniyle, alacaklıdan herhangi bir ek tazminat isteyemeyecektir⁵³⁶. Bu halde cezaî şart ödemekle yükümlü olan taraf, hem bu borcundan hem de asıl alacağı ifa borcundan kurtulmaktadır. Bununla beraber verme borcu olmasına rağmen, tevdi ve satış imkânı bulunmayan hallerde de kıyasen TBK m.110'un uygulanması kabul edilmelidir⁵³⁷.

⁵³³ Von Tuhr, Escher, s.71; Oser, Schönerberger, Art 91 OR, N.15; Oğuzman, Öz, I, s.356; Tunçomağ, TBK, s.762; Tekinay vd., s.841-842.

⁵³⁴ Oğuzman, Öz, I, s.355-356.

⁵³⁵ Oğuzman, Öz, I, s.365; Serozan, s.151.

⁵³⁶ Serozan, s.152.

⁵³⁷ Bu yönde bkz. Von Tuhr, Escher, s.84; Oğuzman, Öz, I, s.365, 525.

d. Seçim Beyanının Kullanılmasının Doğurduğu Hukuki Sonuçlar

Alacaklının seçim hakkını asıl edimin ifa edilmesi yönünde kullanması halinde, borçlunun asıl borcu yerine getirmesi gerekmektedir. Bu noktada akla şu soru gelmektedir. Alacaklı, seçim hakkını asıl edimin ifası yönünde kullanmış; fakat bu edimin ifası borçlunun sorumlu olduğu bir nedenle imkânsızlaşmışsa alacaklının talebi nasıl bir sonuç doğuracaktır? Alacaklının, asıl edimin ifa edilmesi yönündeki talebi imkânsızlaştığından, diğer seçim hakkı olan cezaî şart bu talebin yerine mi geçecektir yoksa borçlu, asıl edimin imkânsızlaşması dolayısıyla sadece tazminat ödemekle mi yükümlü olacaktır?

Bu konuyu ele alan bir görüş tarafından, borçlunun ifa yerine müspet zararın tazmini ile yükümlü hale geleceği savunulmaktadır. Fakat bu tazminatın miktarının, cezaî şart miktarı ile sınırlı olmadığı da ayrıca belirtilmektedir. Bununla birlikte cezaî şartı aşan miktarda müspet zarar talep edilmesi halinde, ispat yükü genel hükümlere göre alacaklının üzerinde kabul edilmektedir. Ayrıca çok açık ifade edilmemiş olmakla birlikte, seçim yetkisinin hayali kalmaması amacıyla ifanın imkânsızlaşması halinde borcun cezaî şarta çevrilmesi görüşü eleştirilmektedir. Bu görüş uyarınca, böyle bir kabul halinde isabetsiz şekilde, alacaklının tazminat isteme hakkından mahrum bırakılması sonucu doğacaktır⁵³⁸.

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş ise seçim hakkının alacaklıya ait olmasından yola çıkarak, ifayı talep etmesine rağmen borçludan bir şey elde edememesi halinde, cezaî şart talep hakkının olması gerektiği savunulmaktadır⁵³⁹.

Kanaatimizce böyle bir durumda, alacaklının asıl edimin ifası talebinin yerini müspet zararının tazmini almalıdır. Nitekim alacaklı seçim hakkını kullandıktan sonra, değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanılmasından sonra dönülemeyeceği kuralı gereği, diğer edimi talep hakkı ortadan kalkacaktır. Asıl edim yerine müspet zararın talep edilmesi görüşü kabul edilince, hem alacaklının menfaat kaybı yaşamaması

⁵³⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.111. Aynı görüşte bkz. Eren, s.1213.

⁵³⁹ Oser, Schönerberger, Art. 160 OR, Rn.5.

sağlanacak hem de genel kural çerçevesinde kalınmış olacaktır. Müspet zararın tazmini, cezaî şart miktarı ile sınırlı olmadığından, özellikle asıl edimin ifasından beklenen menfaatin fazla olması nedeniyle zararın da yüksek miktarda olabileceği ihtimalinde yarar sağlayacaktır.

Alacaklı seçim hakkını cezaî şartın ödenmesi yönünde kullanırsa, bu beyanın borçluya varmasıyla borçlu, asıl sözleşmeden doğan borcu ifa etmek yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Bu durumda alacaklı da artık asıl edimin ifasını talep etme yetkisini kaybetmektedir. Yine cezaî şart talep edilmesi ile birlikte, borçlunun karşı edim talep hakkı da ortadan kalkmaktadır. Bununla beraber katılamadığımız bir görüşe göre, cezaî şart miktarının yüksekliği, borçlunun karşı edim talep hakkının ortadan kalkmadığı sonucuna varılmasını sağlayabilecektir⁵⁴⁰.

Nitekim alacaklının seçim beyanı, değiştirici yenilik doğuran hak niteliğinde olduğundan kullanıldıktan sonra dönülemeyecektir⁵⁴¹. Bununla beraber doktrinde, borçlunun asıl edimi kısmen ifa etmesi haline yönelik olarak farklı bir uygulama kabul edilmektedir. Buna göre, asıl edim kısmen ifa edilmişse, kalan kısım için alacaklı, cezaî şartın tamamının ödenmesi yönünde talepte bulunabilecektir. Fakat alacaklı, aksi kararlaştırılmadıkça, ifa edilen kısmı borçluya sebepsiz zenginleşme hükümleri dikkate alınarak iade etmelidir. Alacaklının, kendisine ifa edilen kısmı iade etmemesi ihtimalinde hâkim, bu durumu cezaî şartın miktarının aşırılığının tespitinde ölçüt olarak ele alabilecektir⁵⁴².

⁵⁴⁰ MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.13. Alacaklının borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde talep ettiği cezaî şartın para borcu olarak kararlaştırılması halinde, borçlu cezaî şartı ödemedi temerrüde düşerse bu tarihten itibaren TBK m.120 dikkate alınarak temerrüt faizi de ödemek zorunda olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.112. İfaya eklenen cezaî şart bakımından da aynı kuralın geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.113-114. Bu konudaki bir uyumsuzlukta Yargıtay da seçimlik cezaî şarta temerrüt tarihinden itibaren faiz yürütülmesi yönünde karar vermiştir: “...belgede kuruyan ağaç karşılığı davalı tarafından 5.000,00 TL ödeme taahhüdünde bulunulmuştur. Bu düzenleme BK’nın 158/I. maddesince seçimlik ceza niteliğinde olup, davacı cezanın tamamını isteyebilir. Nitekim takip de cezaî şartın tahsiline ilişkindir. O halde davalının asıl alacağına yönelik itirazın iptaline, 4.10.2010 tarihli ihtarnamenin tebliğ tarihi araştırılarak verilen 3 günlük ödeme süresi eklendikten sonra bulunan temerrüt tarihinden itibaren faiz yürütülmesine yönelik hüküm kurulması gerekirken bu husus gözetilmeden davanın kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş, bozulması uygun bulunmuştur...”. Bu karar için bkz. Y.15. HD., T.11.09.2012, E. 2012/4423, K. 2012/5629, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018.

⁵⁴¹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.111.

⁵⁴² Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.111. Benzer yönde bkz. Oser, Schönerberger, Art. 160 OR, Rn.4. Tunçomağ, hal ve durum dikkate alınarak istisnai hallerde kısmi ifanın cezaî şarttan vazgeçme anlamına gelebileceğini belirtmekle beraber, bu istisnai hallerin neler olabileceğine dair herhangi bir açıklamaya

3. Seçimlik Cezaî Şart Hükümünün Emrediciliği

TBK m.179’da yer alan düzenleme emredici niteliğe sahip değildir. Kanun koyucu, “aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça” ifadesine metinde yer vererek bu hususa açıkça dikkat çekmiştir. Dolayısıyla taraflar, aralarında anlaşarak farklı bir düzenleme öngörebileceklerdir. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali için seçimlik cezaî şart yerine hem borcun ifasının hem de cezaî şartın istenebileceği ya da sadece cezaî şart talep edilebileceği düzenlenebilecektir⁵⁴³. Yine taraflar, alacaklının seçim beyanını zaman yönünden sınırlandırabileceklerdir⁵⁴⁴. Zira cezaî şart hükümlerinin emredici olmamasına ilişkin tek istisna, hâkimin aşırı gördüğü cezaî şartı indirim yetkisini düzenleyen TBK m.182/3’dür⁵⁴⁵.

Alman Hukuku’nda ise seçimlik cezaî şartın emrediciliği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, seçimlik cezaî şartın kanunda yer alması, borçlunun korunmasına

yer vermemektedir. Bu duruma ilişkin akla gelen ilk örnek asıl borcun çok küçük bir kısmının ifa edilmemiş olması halidir. Yazar, bu duruma ilişkin olarak ise cezaî şartın talep edilebileceğini; fakat tamamının değil, hal ve duruma ve iyiniyet kuralına dayanılarak yapılacak yorum sonucu ancak bir kısmının istenebileceğini savunmaktadır. Bu görüş için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.111. Kanaatimizce cezaî şart, aksi kararlaştırılmadıkça karşı edimin ifa edilen kısmına oranlanarak ifa edilebilecek borçlardan değildir. Zira kanun koyucu cezaî şartın miktarında indirim yapma yetkisini sadece hâkime tanımıştır. Bunun dışında böyle bir oranlama için dikkate alınacak bir ölçüt ileri sürmek de her türlü karşı edim bakımından mümkün veya isabetli olmayabilir. Ayrıca borçlu, karşı edimin ne kadarını ifa ettiğinde cezaî şartın tamamını veya belirli bir kısmını ödemekle yükümlü tutulmalıdır sorusuna verilebilecek kesin bir cevap da bulunmamaktadır. Dolayısıyla yapılacak şey cezaî şartın tamamının talep edilmesi ve hâkim tarafından indirim yapılması halinde kısmen ifa edilen karşı edimin ölçüt olarak ele alınmasıdır.

⁵⁴³ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.44 ve 108; Bilge, s.97; Oğuzman, Öz, s.545; Eren, s.1213; Kocaaga, s.255. İsviçre Hukuku bakımından bkz. BSK OR I-Ehrat, Art 160 OR, N.20; Becker, **Berner Kommentar**, Art 160, N.19; Bentele, s.46-47. Aksine bir kararlaştırma olmadıkça seçimlik cezaî şart kararlaştırılmış olduğu yönünde bir Yargıtay kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “...Sözleşmede “taraflar sözleşmeye aykırı hareket ederse 20.000,00 TL (yirmibin lira) peşinen ödemeyi kabul eder” şeklindeki düzenlemeyle kabul edilen ödeme cezaî şart niteliğinde olup, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmış olduğundan sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK’nın 158/1 ve 6098 Sayılı TBK’nın 179/1. maddesinde ifadesini bulan seçimlik cezadır. Bu yasal düzenlemelere göre aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilecektir. Sözleşmede borcun ifasıyla birlikte cezanın da istenebileceğine dair hüküm bulunmamaktadır...”. Bu karar için bkz. Y.15.HD., T.04.12.2017, E. 2017/2402, K. 2017/4258, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 23.10.2018.

⁵⁴⁴ Oğuzman, Öz, s.545. Tunçomağ, açık olmamakla beraber hal ve durumdan, aksine anlaşma bulunduğu sonucuna varılabiliyorsa, buna göre belirleme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazar, cezaî şartın müspet zarardan önemli oranda az olması veya cezaî şart ile menfi zarar tespit edilmesi hallerinde taraf iradelerinin yorumlanmasından böyle bir anlaşma olduğu sonucu çıkartılacağını örnek olarak vermektedir. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.45.

⁵⁴⁵ Eren, s.1209.

hizmet etmekte olup, alacaklının aynı menfaat için iki kere tatmin edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla bu düzenleme, bu gerekçe ile emredici kabul edilmektedir⁵⁴⁶. Buna karşılık diğer görüşe göre, hukukumuzda olduğu gibi seçimlik cezaî şart emredici niteliği haiz kabul edilmemektedir; bu noktada rekabet yasağına ilişkin HGB m.75c, 1'deki cezaî şart düzenlemesi ise istisna tutulmaktadır⁵⁴⁷.

Seçimlik cezaî şartın aksinin kararlaştırabilmesine yönelik bir sınırlama, işçinin rekabet yasağı ihlali hali bakımından cezaî şart kararlaştırılmasını düzenleyen TBK m.446/3'de öngörülmüştür. Buna göre cezaî şartın yanı sıra işçinin rekabet yasağına aykırı davranışına son verilmesinin talep edilebilmesi, birtakım şartların bulunmasına bağlı tutulmuştur⁵⁴⁸. Kısacası seçimlik cezaî şartın yine aksi kararlaştırılabilecektir. Fakat bunun için birtakım şartlar yerine getirilmiş olmalıdır.

B. İfaya Eklenen Cezaî Şart

1.Genel Olarak

TBK m.179/2'de yer alan düzenleme uyarınca, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için cezaî şart kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilecektir. Kanuni düzenlemenin dışında taraflar da dilerse sözleşmede ifaya eklenen cezaî şart kararlaştırılabilecektir. Dolayısıyla taraflarca ifaya eklenen cezaî şart kararlaştırılması ile kanuni ifaya eklenen cezaî şart olarak ikiye ayrılarak inceleme yapılması uygun görülmüştür.

⁵⁴⁶ Soergel, Lindacher, Art 340, Rn.2

⁵⁴⁷ Erman/Schaub, Art 340, Rn.1a; MüKoBGB/Gottwald, § 340 BGB, Rn.3.

HGB m.75 c, 1: “İşçi, sözleşmede öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda cezaî şart ödemeyi taahhüt etmişse, işveren sadece BGB m.340 hükümlerine dayanarak hak talebinde bulunabilir. Alman Medeni Kanunu'nun aşırı miktardaki cezaî şartın indirilmesine ilişkin hükümleri istisnadır.”

⁵⁴⁸ Bilge, s.103. Bu konuda bkz. 3. Bölüm, I, G, 3.

2. İfaya Eklenen Cezaî Şartın Türleri

a. Taraflarca İfaya Eklenen Cezaî Şart Kararlaştırılması

Türk Borçlar Kanunu’nun 179. ve 180. maddelerinden anlaşılacağı üzere tarafların, cezaî şart ile sözleşmenin ihlalinin doğan diğer hukuki sonuçlar arasındaki ilişkiyi kanundaki düzenlemelerden farklı şekilde kararlaştırmaları mümkündür⁵⁴⁹. Borçlu, cezaî şartın yanı sıra borca aykırılık halinden doğan diğer hakları da yerine getirmeyi vaat ederse, ifaya eklenen cezaî şart veya diğer bir deyişle kümülatif cezaî şart (*kumulative Konventionalstrafe*) kararlaştırılmış olmaktadır. Burada aynı menfaate hizmet eden hakların yığılması gündeme gelmektedir⁵⁵⁰. TBK m.179/2’de ifaya eklenen cezaî şartın kanuni düzenlemesine yer verilmiştir. Taraflar söz konusu hükmün emredici olmamasından yola çıkarak, hükümde sayılı haller dışında da ifaya eklenen cezaî şart kararlaştırılabilecektir⁵⁵¹.

Alman Hukuku’nda ise BGB m.341’de cezaî şart ile diğer hukuki sonuçların bir arada istenebilmesinin hangi hallerde mümkün olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün seçimlik cezaî şarta ilişkin hüküm ile bir arada değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekilmektedir⁵⁵². Bu hukuk sisteminde ifaya eklenen cezaî şart, taraflarca kararlaştırılan özel bir anlaşmaya dayanabileceği gibi, böyle bir anlaşma yoksa kanun hükmü çerçevesinde uygulanabilecektir⁵⁵³. Türk ve İsviçre Hukuk sisteminden farklı olarak, BGB m.340 sadece borçlunun borcunu “hiç ifa etmemesi”, BGB m.341 ise ayırım yapmaksızın her türlü “gereği gibi ifa etmemesi” haline özgülenmiştir.

Bir sözleşmenin ifaya eklenen cezaî şart içerip içermediği, sözleşme içeriği ve şüphe halinde sözleşmenin yorumlanması ile ilgili bir konudur. Eğer cezaî şart, miktar olarak alacaklının menfaatini karşılamaya yetiyorsa, genellikle ifaya eklenen cezaî şart kararlaştırılmadığı, seçimlik cezaî şart düzenlendiği yönünde yorum yapılmaktadır. Buna karşılık özellikle sözleşmede cezaî şartın miktar olarak oldukça az belirlendiği

⁵⁴⁹ Gauch, Schluep, Rey, Rn.3929; Bucher, s.529; Buz, s.13.

⁵⁵⁰ Von Tuhr, Escher, s.283; Staudinger, Rieble, Art 341, N.2; Reck, s.112; Eren, s.1213.

⁵⁵¹ Oğuzman, Öz, s.545-546; Tekinay vd., s.349, 351; Eren, s.1213.

⁵⁵² Staudinger, Rieble, Art 341, N.1.

BGB m.340 ve m.341’in Türkçe’ye çevrilmiş hali için bkz. 1. Bölüm, VIII, A.

⁵⁵³ Guhl, Merz, Druey, s.556; Staudinger, Rieble, Art 341 BGB, N.2.

hallerde, ifaya eklenen cezaî şart kararlaştırılmış olduğu kabul edilmektedir⁵⁵⁴. Dolayısıyla sözleşmede yer alan cezaî şartın miktarı ile lafzı, ifaya eklenen cezaî şart olup olmadığı konusunda sonuca ulaşılmasına yardımcı olabilecektir. Örneğin tarafların, sözleşme ediminin geciktiği her gün için cezaî şart kararlaştırması, genellikle ifaya eklenen cezaî şarta örnek olarak gösterilmektedir⁵⁵⁵. Zira bu yolla, edimin gününde ifa edilmesini sağlamak amacıyla borçlu üzerinde baskı kurulmasının yanı sıra, gecikme halinde edimin ifasına ek olarak cezaî şart ödenmesi de amaçlamaktadır⁵⁵⁶.

b. Kanuni İfaya Eklenen Cezaî Şart

(1) Borcun Belirlenen Zamanda Veya Yerde Yerine Getirilmemesi Hali

TBK m.179/2’de yer alan düzenlemeye göre, borçlunun borcunu belirlenen zamanda veya yerde yerine getirmemesi halinde, alacaklı hem sözleşmenin ifasını hem de kararlaştırılan cezaî şartı “*kümülatif*” olarak talep edebilecektir. Dolayısıyla borcun, belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumunda alacaklının, artık asıl sözleşmenin ifası ile cezaî şart arasında bir seçim yapmasına gerek yoktur. Kanunda böyle bir düzenleme öngörülmesinin gerekçesi olarak ise cezaî şartın, borçlunun sözleşmeyi kararlaştırılan zaman veya yerde yerine getirmemesi halinde, hala bu ifadan menfaati bulunmasının yanı sıra alacaklının uğradığı muhtemel zararın karşılanması ihtiyacı gösterilmektedir⁵⁵⁷.

Borcun belirlenen zamanda ifa edilmemesine yönelik cezaî şartın, esasında gecikme tazminatının önceden ve maktu olarak belirlenmesinden ibaret olduğu da

⁵⁵⁴ Soergel, Lindacher, Art 340 BGB, Rn.3; Bucher, s.529; Becker, Berner Kommentar, Art 160 N.33; Santoro, s.20; Hatemi, Gökyayla, s.381. Farklı görüşte bkz. Staudinger, Rieble, Art 340 BGB, N.10.

⁵⁵⁵ Bununla birlikte bizim de katıldığımız görüşe göre, sözleşmede yer alan cezaî şartın türü hakkındaki tereddüdün sözleşmenin yorumlanması yoluyla da giderilememesi halinde, seçimlik cezaî şartın varlığının kabul edilmesi daha isabetli gözükmetedir. Bkz. Hatemi, Gökyayla, s.381.

Nitekim ifaya eklenen cezaî şartta alacaklının ifayı çekincesiz kabul etmesi cezaî şart hakkını kaybetmesine yol açmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce de seçimlik cezaî şart hükmü, tereddüt halinde alacaklının daha lehine gözükmetedir.

⁵⁵⁶ Koller, §81, Rn. 54. Benzer yönde bkz. Hatemi, Gökyayla, s.381.

⁵⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 341, Rn.1; Erman/Schaub, Art 341, Rn.1; Von Tuhr, s.768; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3932; Tekinay vd., s.349-350; Oğuzman, Öz, s.546; Eren, s.1213.

savunulmaktadır⁵⁵⁸. Borcun ifasının sözleşmede belirlenen yerde yapılmaması halinde de alacaklı, cezaî şart ile birlikte ifayı kararlaştırılan yer dışında kabul edebilecektir⁵⁵⁹. Bununla birlikte alacaklı, belirlenen zaman veya yerde yapılan ifayı çekince ileri sürmeksizin kabul ederse, cezaî şarttan zımnen feragat etmiş sayılacaktır⁵⁶⁰. Bu nedenle alacaklı, ifayı kabul etmeden önce veya ifa sırasında cezaî şartı da talep etmeli veya ifayı kabul ederken, cezaî şart talep hakkını saklı tuttuğuna yönelik çekince ileri sürmelidir. Aksi halde cezaî şart talep etme hakkını kaybedecektir⁵⁶¹. TBK m.131/2’de de benzer yönde bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemede aynen şu ifadelere yer verilmiştir: “işlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmaktaysa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir.”. Bu düzenlemelere rağmen çekince ileri sürülmediği hallerde dahi alacaklının, zararın genel hükümlere göre tazmini talep hakkının devam ettiği ileri sürülmektedir⁵⁶². TBK m.179/2 hükmü, özellikle gecikmiş ifalarda söz konusu olduğundan, uygulamada da en sık karşılaşılan cezaî şart türünü oluşturmaktadır⁵⁶³.

Borcun belirlenen zamanda ifa edilmemesinin şartlarına ilişkin düzenleme, borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m.117’de (OR m.102) yer almaktadır. Bu noktada belirtilmelidir ki ifaya eklenen cezaî şart düzenlemesi, aslında seçimlik cezaî şarta ilişkin düzenlemenin bir istisnası olarak kabul edilmektedir⁵⁶⁴. Nitekim borcun belirlenen zamanda veya yerde ifa edilmemesi, aslında seçimlik cezaî şartın ortaya

⁵⁵⁸ Tekinay vd., s.350. Ancak bir görüşe göre borcun zamanında ifa edilmemesi haline yönelik olarak kabul edilen cezaî şartın, gecikme tazminatı miktarını açıkça aşması ve müspet zararın tamamını kapsaması durumuna yönelik bir istisna ileri sürülebilecektir. Bu durumda tereddüt halinde, borçlunun lehine olarak yapılan bir yorumla, alacaklının ya borcun ifasını ya da cezaî şartı istemesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Tekinay vd., s.350-351. Bir görüşe göre, TBK m.179/2’nin uygulanabilmesi için sözleşmeden doğan borcun ifa edileceği yer ve zamanın taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olması gerekir. Kanundan doğan ifa yeri veya zamanı söz konusu ise bu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. Bkz. Hatemi, Gökyayla, s.381.

⁵⁵⁹ Tekinay vd., s.351.

⁵⁶⁰ Bu konuda bkz. Von Tuhr, s.768; Schoch, s.46-47; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3932; Guhl, Merz, Druey, s.555; Oğuzman, Öz, s.547; Tekinay vd., s.351; Eren, s.1213; Keser, s.23.

⁵⁶¹ Oğuzman, Öz, s.547; Tekinay vd., s.351; Eren, s.1213-1214.

⁵⁶² Becker, Berner Kommentar, Art 160, N.32; Schoch, s.47; Bucher, s.529; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3932; Bentele, s.95.

⁵⁶³ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.12; Oğuzman, Öz, s.546.

⁵⁶⁴ Keller, Schöbi, s.113; Santoro, s.16.

çıkmasına neden olan “gereği gibi ifa edilmeme” halinin bir yansımasıdır; ancak hukuki sonucu farklı belirlenmiştir⁵⁶⁵.

İsviçre Hukuku’nda, ifaya eklenen cezaî şart düzenlemesinin seçimlik cezaî şarta ilişkin düzenlemenin bir istisnası olduğu görüşünü isabetli bulmayan yazarlara göre, borç zamanında ifa edilmemesine rağmen, borçlunun asıl borcu doğru şekilde ifa etme imkânı halen mevcuttur⁵⁶⁶. Söz konusu hüküm aslında seçimlik cezaî şartın bir istisnası değil, lafzi olarak yanlış ifade edilmiş olsa da sadece bir uygulama halidir. Dolayısıyla bu hale özel olarak alacaklı, cezaî şart veya zararın tazmini yanı sıra, sözleşmeden doğan borcun ifasını da talep edebilmelidir⁵⁶⁷. Nitekim bu yazarlara göre, OR m.160/2’de düzenleme bulan ifaya eklenen cezaî şart, asıl borcun ifasına güvence getirmek için değil, belirlenen zamanda veya yerde ifa edilmesini sağlamak için getirilmiş bir edimdir⁵⁶⁸.

Alman Hukuku’nda asıl sözleşmeden doğan borcun gereği gibi ifa edilmemesi hali, tamamen ayrı bir hükümde olmak üzere, TBK ve OR’da yer alan hükümlerden farklı düzenlenmiştir. BGB m.341’e göre borçlu cezaî şartı, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi, özellikle zamanında ifa edilmemesi haline ilişkin olarak taahhüt etmişse, alacaklı ifanın yanı sıra cezaî şartı talep edebilecektir. Bu hükümden anlaşıldığı üzere, BGB’de “gereği gibi ifa edilmeme” halleri arasında ayırım yapılmadan, tüm bu haller aynı hukuki sonuca bağlanmıştır⁵⁶⁹.

Alman Hukuku bakımından edimin gereği gibi ifa edilmemiş olması halinde, ayrıca zararın tazmini talep hakkı da ortaya çıkmışsa, cezaî şart ile birlikte sözleşme ediminin yerine geçen tüm zararın tazmini talep edilemeyecektir. Nitekim BGB m.341/2’de açıkça, alacaklının zararın tazminini isteme hakkı varsa, m.340/2’deki hükmün uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Yani hükümde yollama yapılan

⁵⁶⁵ Bentele, s.94; Keller, Schöbi, s.113.

⁵⁶⁶ Bentele, s.95.

⁵⁶⁷ Bu hüküm bakımından alacaklının hem cezaî şart hem de zararın tazmini yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu iki hukuki sonuç genellikle birbiri ile yarışmaktadır. Bu nedenle de cezaî şart, sözleşmeden doğan borcun ifası ile birlikte talep edilebilir; zararın tazmini ile değil. Bu noktada amaçsal bakımdan da seçimlik cezaî şarttan ayrılmaktadır. Bu konuda bkz. Bentele, s.95; Becker, **Berner Kommentar** Art 160, N.30; Santoro, s.16.

⁵⁶⁸ Von Tuhr, Escher, s.282; Bentele, s.94-95; Becker, **Berner Kommentar** Art 160, N.30; Oser, Schönenberger, Art 160, N.3; Petitjean, s.19; Santoro, s.16.

⁵⁶⁹ Schellhammer, Rn.1484.

düzenlemeye göre, cezaî şart zararın asgari miktarı olarak ödenecek olup, varsa aşkın zararın istenebileceği sonucuna varılmaktadır⁵⁷⁰. Buna karşılık kanunda, sözleşmenin ifası yerine geçecek şekilde zararın tazmini talebi düzenlenmemiştir. Nitekim bu sistemde alacaklı, sözleşmeden doğan edimin ifası yerine zararın tazmini hakkına sahip hale gelmişse hem zararın tazmini hem cezaî şart talep edemeyecek, cezaî şartı zararın asgari kısmı olarak talep edip, aşkın zararı ayrıca isteyebilecektir. Kısacası sözleşmenin ifası ile zararın tazmini, ifaya eklenen cezaî şart bakımından birbirine alternatif olarak kabul edilmemektedir⁵⁷¹. Eğer cezaî şart ile zararın tazmini arasında menfaat benzerliği yoksa, istisnaen her ikisinin birden talep edilebileceği de ileri sürülmektedir⁵⁷².

Bu başlık altında önemli bir konu olarak ele alınabilecek son bir hal ise cezaî şartın fer'i niteliği ile bağlantılıdır. Buna göre borcun ifası ile birlikte cezaî şart istenebilen hallerde, asıl borcun sona ermesi veya alacağın devredilmesi durumunda muaccel cezaî şartın akıbeti tartışmaya açıktır. Cezaî şart ancak muaccel olunca borcun ifası ile birlikte talep edilebilecektir⁵⁷³. Cezaî şart muaccel olduktan sonra, asıl borcun

⁵⁷⁰ MüKoBGB/ Gottwald, Art 341, Rn.2; Palandt, Art 341, N.1. BGB m.340/2'de farklı bir düzenleme mevcuttur. Buna göre alacaklı, sözleşmenin ihlali halinde zararın tazmin edilmesine dair bir hakka sahipse, cezaî şartı zararın asgari miktarı olarak talep edebileceği ifade edilmiş olup, devamında ise aşkın zararın talep edilmesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Buna karşılık alacaklı, cezaî şart ile birlikte uğradığı tüm zararı talep edemeyecektir, menfaat benzerliği oluşturduğu oranda zararın tazmininden mahsup edilmektedir. Bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.15. Yani Alman kanun koyucusu, İsviçre'deki tartışmanın Almanya'da ortaya çıkmasını kanunen önleyerek, eğer edim yerine zararın tazmin edilmesi hakkı mevcutsa, cezaî şartın zararın tazmini hakkını karşıladığını, her ikisinin birlikte istenemeyeceğini açıkça kabul etmiştir. Kısacası Alman Hukuku'nda eğer sözleşmenin ifa edilmesi mümkünse alacaklı cezaî şart yerine bu hakkı kullanmayı seçebilecektir. Eğer zararın tazmini hakkı mevcutsa cezaî şart, aşkın zarar saklı kalmak üzere zararın asgari tutarı olarak ödenebilecektir. Cezaî şart ile zararın tazmini bir arada talep edilemediğinden zararın tazmini ile cezaî şartın birbirlerine alternatif olarak konumlandırıldığı ifade edilebilecektir. Jauernig, Art 340, N.6; Palandt, Art 340, N.7; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 341, N.5; Schellhammer, Rn.1483. BGB m.340/2 tamamlayıcı bir hüküm olduğundan, aksi kararlaştırılabilecektir. Bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.17. Örneğin taraflar, aşkın zararın talep edilmemesi yönünde kararlaştırma yapabilecekleri gibi, zarara üst sınır getiren bir kayıtla aşkın zararın talep edilmesini kolaylaştıran anlaşma da yapabileceklerdir. Bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.18. Geçmiş dönemde BGB'nin bahsi geçen maddesindeki düzenlemenin benzeri bir düzenleme, her ne kadar BK'da açıkça yer almasa da, Yargıtay tarafından konu ile ilgili kararlarda yer verildiği görülmekteydi. Fakat bu kabul doktrinde, cezaî şartın götürü niteliğe sahip bir tazminat olması dolayısıyla eleştirilmiştir. Bu eleştiriye göre, eğer cezaî şart, salt ceza niteliğine sahip olarak düzenlenseydi, aksi görüş kabul edilebilirdi. Fakat hukukumuzda cezaî şartın salt ceza amaçlı düzenlendiği ifade edilemeyecektir. Bu eleştiri için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.14. Ayrıca bahsi geçen Yargıtay kararı için bkz. Y.4.HD., T.14.02.1941, E.1941/821, K.1941/503, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 26.11.2018.

⁵⁷¹ Palandt, Art 340, N.7; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 341, N.5; Schellhammer, Rn.1483.

⁵⁷² MüKoBGB/ Gottwald, Art 340, Rn.15.

⁵⁷³ Oğuzman, Öz, s.547.

takas veya ibra gibi nedenlerle sona ermesi halinde cezaî şart, bu hukuki durumdan etkilenmeyecektir. Zira bu durumda, cezaî şart muaccel hale geldikten sonra, asıl borçla arasındaki fer'îlik ilişkisi sona ermiştir ve cezaî şart, bağımsız bir borç olarak varlığını sürdürmektedir. Bu noktada belirtilmelidir ki ifa ile birlikte talep edilebilecek cezaî şartın varlığı halinde, cezaî şart muaccel olduktan sonra asıl borcun ifasının imkânsızlaşması, yine cezaî şart talep hakkını ortadan kaldırmaz. Nitekim bu ihtimalde, TBK m.112 uyarınca asıl borcun yerini zararın tazmini almaktadır. Alacaklı, cezaî şart ile birlikte zararın tazminini talep edebilecektir⁵⁷⁴.

TBK m.179/2'de yer alan söz konusu düzenleme, aynen TBK m.179/1'de olduğu gibi emredici değil, yedek hukuk kuralı niteliğindedir. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları kanunda yer alan haller dışında da hem borcun ifası hem de cezaî şart ödenmesini kararlaştırabileceklerdir⁵⁷⁵. Bunun tam tersi olarak taraflar, borcun belirlenen zamanda veya yerde ifa edilmemesi haline ilişkin seçimlik cezaî şart ödenmesi konusunda da anlaşılabileceklerdir⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ Oğuzman, Öz, s.547. Aksi görüşte bkz. Staudinger,Rieble, Art 341, N.18. İfa imkânsızlığı halinde alacaklının, cezaî şart talebi için çekince ileri sürmesine gerek olmadığı; aynı şekilde yapmama borcunda da ihlal gerçekleştiği dönemde artık ifa imkânı kalmadığından çekince ileri sürülmesinin beklenmemesi gerektiği; bu sonucun alacaklının ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep etmesi bakımından da geçerli olduğu yönünde bkz. Buz, s.14. Bununla beraber asıl borç ilişkisi geçersiz veya iptal edilmişse ya da sözleşmeden dönülmüşse, muaccel cezaî şart da hükümsüz hale gelmektedir; hatta ödenmiş olması halinde iadesi bile istenebilecektir. Bkz. Staudinger,Rieble, Art 341, N.18; Oğuzman, Öz, s.541. Ayrıca bkz. Hatemi, Gökyayla, s.382.

⁵⁷⁵ Yargıtay bir kararında, ifaya eklenen cezaî şarta ilişkin kanun hükmünün hukuki niteliğine şu ifadelerle dikkat çekmiştir: “...TBK'nun 179/II md. hükmü emredici yapıda olmayıp düzenleyici nitelikte olduğundan taraflar, yukarıda belirtilen iki hal dışında kalan eksik ifalarla, bütün ifa etmeme hallerinde de ifa ile birlikte cezaî şartın istenebileceğini kararlaştırabilirler....”. Bu karar için bkz. Y.19.HD., T.16.01.2014, E. 2013/14851, K. 2014/1302, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 09.10.2018. Benzer bir başka uyumsuzluk için ise sözleşmenin feshi hali için hem cezaî şart hem de kâr mahrumiyeti ödeneceğinin kararlaştırılmasını değerlendiren Yüksek Mahkeme ilginç bir sonuca varmıştır: “...T.B.K.nun 179/II. maddesinde öngörülen hüküm, emredici nitelikte olmadığından taraflar, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince aralarında farklı bir düzenleme yapabilirler. Örneğin, sözleşmenin feshi halinde hem cezaî şart hem de kar mahrumiyeti ödeneceğini kararlaştırabilirler. Ancak sözleşmenin feshi halinde cezaî şart ödeneceğinin kararlaştırılmış olduğu hallerde. Yargıtay HGK'nun 20.1.2013 T. 2012/19-670 E. 2013/171 K. sayılı kararında da açıklandığı üzere, sözleşme süresi içinde çekince konmadan uzun süre ifaya devam edilmesi üzerine borçluda, "ceza koşulu istenmeyeceği" ne dair haklı bir güven oluşmuş ise oluşan bu haklı güven ve dürüstlük ilkesi sebebiyle önceki yıla veya yıllara ait ceza koşullarının talep edilemeyeceğinin kabulü gerekir...”. Bu karar için bkz. Y.19.HD., T.17.12.2013, E. 2013/14654, K. 2013/19950, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 09.10.2018.

⁵⁷⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.113; Oğuzman, Öz, s.546; Tekinay vd., s.351; Hatemi, Gökyayla, s.381; Keser, s.23.

(2) Cezaî Şart Talep Hakkını Ortadan Kaldıran Haller

Borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumunda, alacaklının asıl borçla birlikte cezaî şart talep edebileceği yukarıda açıklanmıştı. Türk ve İsviçre Hukuku'nda, alacaklının, ifa ile birlikte cezaî şart talep edemeyeceği, dolayısıyla yalnız ifa talebi ile yetinmesi gerektiği iki istisnai hal belirtilmiştir. Bunlardan ilki, alacaklının açıkça hakkından feragat etmesi, ikincisi ise alacaklının ifayı çekince ileri sürmeksizin kabul etmesidir (TBK m.179/2, OR m.160/2).

TBK m.179/2 uyarınca, ifa ile birlikte cezaî şart talep etme şartları oluşmasına rağmen alacaklı, cezaî şart talebinden açıkça feragat etmişse artık cezaî şart talep edemeyecektir. Alacaklının cezaî şart talebinden feragat etme beyanı, tek taraflı bir hukuki işlem olup, karşı tarafa varması ile hukuki sonuçlarını doğurmaktadır. TBK m.179/2'de feragat beyanının "açık" olması gerektiğine özellikle dikkat çekilmiştir. Doktrinde bir görüşe göre, bu hükme kanunda yer verilmesine gerek dahi yoktur⁵⁷⁷.

Borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesine yönelik bir cezaî şart mevcutsa alacaklı, ifayı çekincesiz olarak kabul ettiğinde kanunen cezaî şart talep hakkını kaybedecektir⁵⁷⁸. Hatta borçlu, çekince ileri sürülmediği için ortadan kalkan

⁵⁷⁷ Bu görüş için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.114-115. Bu hal esasında borçlunun borcu nedeniyle ibra edilmesi olarak da değerlendirilebilir. Bu görüş hakkında bkz. Kılıçoğlu, s.979.

⁵⁷⁸ Staudinger, Rieble, Art 341, N.76; Oser, Schönerberger, Art 160 OR, N.3; Keller, Schöbi, s.113; Von Tuhr, Escher, s.282; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.115; Buz, s.15. Bir akaryakıt bayilik sözleşmesinde yer alan cezaî şartın ifaya eklenen cezaî şart olduğu, fakat her yılın sonunda bir önceki yıla dair cezaî şartın istenebilmesi için takip eden yılda henüz ifaya başlanmadan önce çekince ileri sürülmesi gerektiği yönündeki Yargıtay kararı şu ifadelere yer vermiştir: "...Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde (veya sözleşme eki taahhütnamelerde) yer alan "yıllık asgari alım taahhüdü"ne uymama halinde öngörülen ceza koşulu (cezaî şart) hükümleri TBK'nun 179/II. (BK. md. 158/II) maddesindeki ifaya ekli ceza koşulu (cezaî şart) niteliğinde olduğundan burada bu tür ceza koşulu üzerinde durulması gerekmektedir....Örneğin; beş yıl süreli bir "akaryakıt bayilik sözleşmesinin eki taahhütnamede bayinin yıllık asgari ürün alımı taahhüdü bulunmasına rağmen yıllar itibariyle bu taahhüde uyulmamış ise tedarikçi (sağlayıcı) firmanın, TBK'nun 179/II. md. uyarınca hem ifayı hem de ceza koşulunu talep edebilmesi için takip eden yılda henüz bayiye mal vermeden önce ceza koşulu ile ilgili "çekince" (ihtirazi kayıt) bildirmesi ya da bu konuda bayiye noterden bir ihtarname göndermesi gerekir. Çekince için bir şekil şartı getirilmemiştir. Tedarikçi, taahhüde aykırı davranılmış olan yılı takip eden yeni yıldaki ilk fatura ve irsaliyeye koyacağı bir açıklama (şerh) ile koşulu yerine getirebilir. Bu şekilde bir çekince (ihtirazi kayıt konulduktan sonra veya ihtar çekildikten sonra tedarikçi (sağlayıcı) firma, mal vermeye (ifaya) devam etse bile önceki yıla ilişkin ceza koşulu alacağını sözleşme zamanasını süresi içinde her zaman talep edebilir. Sonraki yıllarda da aynı kural geçerlidir. Tekrarlamak gerekirse, her yıl sonunda bir önceki yıla dair ceza koşulunun istenebilmesi, takip eden yılda henüz ifaya başlanmadan önce çekince (ihtirazi kayıt) bildirmesi veya ihtar çekilmesine bağlıdır. Bunlar yapılmadan müteakip yılın ifası gerçekleşmişse artık bir önceki yıla ait ceza koşulu istenemez. Çekince konmuş veya ihtar çekilmiş olan yıllarla ilgili ceza koşulunun istenebileceği ise kuşkusuzdur. Bu açıklamalar çerçevesinde

cezaî şartı alacaklıya öderse, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak iadesini isteyebilecektir⁵⁷⁹. Alacaklı tarafından çekince ileri sürülmemesi, kanunda ifaya eklenen cezaî şart talep hakkının kaybına yol açan ikinci istisnai hal olarak açıkça yer almaktadır⁵⁸⁰. Doktrinde bu hal, ifadan açıkça feragat edilmesine yönelik ilk istisnai hale gönderme olarak, “*zımni feragat (vazgeçme)*” olarak da adlandırılmaktadır⁵⁸¹. Söz konusu hüküm, sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun olmayan (*belirlenen zaman veya yer bakımından*) ifa teklifinin çekince ileri sürmeden kabul edilmesi dolayısıyla, cezaî şart talep hakkını sona erdirmektedir. Fakat alacaklının cezaî şart talep hakkının ortadan kalkması, genel hükümlere göre tazminat talep etmesine engel olmaz⁵⁸².

Alacaklının ifayı çekincesiz olarak kabul etmesi dolayısıyla ifaya eklenen cezaî şart hakkını kaybetmesi sonucunun doğması için birtakım şartların bulunması

somut olayın değerlendirilmesine gelince; davacı sözleşme eki taahhütnamede öngörülen asgari alım taahhüdüne uyulmadığı halde sonraki yıllar bakımından herhangi bir ihtar çekmeden ve ihtirazi kayıt koymadan ifaya devam etmiş olduğundan önceki yıllara ilişkin cezaî şartı talep edemez. Bu durum karşısında ancak son yıla ait cezaî şart isteyebileceğinin kabulü gerekir...”. Bu karar için bkz. Y.19.HD., T.16.01.2014, E. 2013/14851, K. 2014/1302, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 09.10.2018. Bu yönde ayrıca bkz. Y.19.HD., T.16.02.2017, E. 2016/963, K. 2017/1362, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 09.10.2018. Benzer bir kararda çekince ileri sürülmediği için borçluda yaratılan güven nedeniyle cezaî şart talep edilmesi TMK m.2’ye aykırı bulunmuştur: “...sözleşme tarihi olan 2003 tarihinden davanın açıldığı 2010 tarihine kadar ihtirazi kayıt konmadan mal vermeye devam edilmesi sebebiyle davalıda asgari alım taahhüdüyle ilgili bu uygulamaya gidilmeyeceği konusunda haklı bir güven yaratılmıştır. Oluşan bu güven sebebiyle davacının aradan geçen bunca yıldan sonra davalıdan belirtilen sebeplerle cezaî şart talep etmesi M.K.2 ye aykırıdır...”. Bu karar için bkz. Y.19.HD., T.17.12.2013, E. 2013/14654, K. 2013/19950, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 09.10.2018.

⁵⁷⁹ Staudinger,Rieble, Art 341, N.76.

⁵⁸⁰ İsviçre’de Borçlar Kanunu’nun eski halinde çekince ileri sürmeksizin ifanın kabul edilmesi, aksi ispat edilebilir bir karine olarak düzenlemeye sahipti; fakat kanun değişikliği ile bu düzenleme de değişti. Yeni düzenleme ise doktrinde hukuki nitelik bakımından tartışmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Von Tuhr, Escher, s.282; Becker, Art 160 OR, N.17. TBK m.179/2’de yer alan ifanın çekincesiz kabul edilmesinin hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Türk Hukuku’nda Tunçomağ, Alman Hukuku’nda savunulan görüşe dayanarak ifanın çekincesiz kabulünün “*mutlak karine*” niteliğine sahip olduğunu savunmaktadır. Dolayısıyla alacaklıya aksini ispat hakkı verilmediğini ileri sürmektedir. Bu yazar, TBK hükmünün İsviçre’deki gibi bir geçmişinin olmamasını ve aksi kabulün davaların uzamasına yol açacağını gerekçe olarak göstermektedir. Ayrıca yazar, alacaklının çekince ileri sürerek ifayı kabul ettiğini ispat etmesinin de bir hayli zor olduğunu belirtmektedir. Bu görüş için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.115-116. Alman Hukuku’nda bu görüş için bkz. Staudinger,Rieble, Art 341, N.2. Von Tuhr/Escher, bu gerekçeleri benimsemekle beraber, burada bir karine değil, “*kanuni varsayım*” olduğunu savunmaktadır. Bkz. Von Tuhr, Escher, s.282. Aynı yönde bkz. Oğuzman, Öz, s.547, dn.430. Eren ise ifanın çekince koyulmaksızın kabul edilmesini “*kesin delil*” saymak gerektiğini ileri sürmektedir. Bu yönde bkz. Eren, s.1213-1214; Kılıçoğlu, s.979. Kanaatimizce kanunda yer alan çekincenin “*açıkça*” ileri sürülmesi gerektiği ifadesi dikkate alındığında, alacaklının ifayı çekince ileri sürerek kabul ettiğini ispat etmesi beklenmektedir. Dolayısıyla bu düzenleme aksi ispat edilebilir bir karine olarak kabul edilmelidir.

⁵⁸¹ Bu adlandırma için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.115.

⁵⁸² Becker, Art 160 OR, N.18; BSK OR I- Ehrat, Art 160, N.21; Bucher, s.529; Buz, s.16.

gerekmektedir. Bunlardan ilki, ifanın kararlaştırılmış şartlara uygun olmadan teklif edilmiş olmasıdır. Bu şart kanuna uyarlandığında, ifanın taraflarca belirlenen zamanda veya yerde ifa edilmemiş olması gerekmektedir. İkinci olarak ise kararlaştırılmış şartlara uygun olmadan teklif edilen ifanın, alacaklı tarafından kabul edilmesi hali gelmektedir⁵⁸³.

Borçlar Hukuku'nun genel hükümlerine göre kabul, yapılan bir öneriye karşılık muhatap (*karşı taraf*) tarafından önerene yöneltilen ve sözleşmeyi öneriye uygun olarak meydana getirme arzusunu kesin olarak ifade eden irade beyanıdır⁵⁸⁴. Kanun veya taraflarca yapılacak sözleşme için bir şekil kararlaştırılmış olmadıkça, kabul beyanı bir şekle tâbi değildir. Kabulün, mutlaka alacaklının açık irade beyanı ile olması gerekmez. Alacaklının kanaat verici davranışlarından da kabul bulunduğu sonucuna varılabilir ya da TBK m.6 uyarınca örtülü kabul bulunduğu hükmedilebilir⁵⁸⁵. Alacaklının kabulünün bulunması için mutlaka edimin sözleşmede kararlaştırılan şekilde sunulmuş olması da gerekmez. Alacaklının eksik veya kararlaştırılan şartlara aykırı edimi kabul edip etmemek kendi takdirindedir. Bununla beraber kabulün bir irade beyanı olması dolayısıyla, eğer irade sakatlığı oluşturan bir hal söz konusu ise TBK m.30 vd. hükümlerindeki hukuki sonuçlar uygulamaya konulabilecektir⁵⁸⁶. Dolayısıyla TBK m.179/2'de düzenlenen, alacaklının belirlenen zaman veya yerde yapılmayan ifayı çekincesiz kabul etmesinin, kabul beyanının genel şartlarına uygun olması halinde, hükümde belirtilen hukuki sonuçlar doğacaktır.

Alacaklının ifayı çekincesiz olarak kabul etmesi dolayısıyla cezaî şart hakkını kaybetmesi bakımından son şart ise alacaklının kararlaştırılmış şartlara uygun olmayan edimi kabul ederken çekince ileri sürmemiş olmasıdır. Doktrinde bir hak kaybı ile karşılaşmamak amacıyla çekince ileri sürmenin, hakkın korunmasını hedefleyen bir yenilik doğuran hak olduğu kabul edilmektedir⁵⁸⁷. Çekincenin, karşı tarafa varması

⁵⁸³ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.116.

⁵⁸⁴ Bentele, s.105; Von Tuhr, Escher, s.282; Oğuzman, Öz, I, s.64-65; Tekinay vd., s.93.

⁵⁸⁵ Oğuzman, Öz, I, s.65-67; Tekinay vd., s.93-94.

⁵⁸⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.116.

⁵⁸⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.116; Buz, s.15. Tunçomağ, borçlunun edimini bizzat değil de yardımcısı aracılığı ile ifa etmesi hali ile edimin alacaklının yardımcısına ifa edilmesi halinde cezaî şart hakkına dair çekince ileri sürülmesini, yardımcıya bu konuda yetki verilmedikçe geçersiz saymaktadır. Bu görüş için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.116.

gerekli bir irade beyanı olarak kullanılması ve açık olması gerektiği belirtilmektedir. Fakat herhangi bir şekil şartına yer verilmediği gibi, mutlaka “çekince” veya benzeri bir kelimenin kullanılması da aranmamaktadır. Borçlunun, alacaklının cezaî şart hakkını saklı tutma niyetini anlaması yeterli görülmektedir. Bununla birlikte yazılı olarak çekince ileri sürülmemiş olması, alacaklı için ispat bakımından zorluk yaratabilecektir⁵⁸⁸.

Almanya’da BGB’de alacaklının cezaî şart talep hakkından açıkça feragat etmesine yönelik bir hüküm mevcut değildir; bununla beraber çekince ileri sürmesi kanunda düzenlenmiştir. Yani cezaî şart talep hakkını ortadan kaldıran tek bir hal ve istisnasına yer verilmiştir (*BGB m.341/3*). Seçimlik cezaî şart bakımından kanunda açıkça ifade edildiği üzere sözleşmenin ifası kabul edilince, cezaî şart talep hakkı ortadan kalkmaktadır (*BGB m.340*). İfaya eklenen cezaî şart bakımından ise alacaklının ifayı kabul etmesi halinde, cezaî şart hakkını kaybetmemesi için bir imkân tanınmıştır (*BGB m.341/3*). Buna göre asıl sözleşmeden doğan borç gereği gibi ifa edilmemesine rağmen, alacaklı edimi kabul ederken çekince ileri sürerse cezaî şart da talep edebilecektir⁵⁸⁹. Yani alacaklının sözleşmeden doğan edimin yanı sıra cezaî şartı talep edebilmesi için, edimin ifası sırasında yazılı, sözlü veya borçlu tarafından anlaşılabilir şekilde, tek taraflı beyanı ile çekince ileri sürmesi gerekmektedir⁵⁹⁰.

Bu hükmün getirilmesinin pratikte amaca uygun olduğu; borçlunun dürüstlük kuralına aykırı davranışlardan korunmasının amaçlandığı ifade edilmektedir⁵⁹¹. Buna

⁵⁸⁸ MüKoBGB/ Gottwald, Art 341, Rn.9; Staudinger, Rieble, Art 341, N.47; Buz, s.15. Doktrinde bir görüş, cezaî şart talep hakkına dair çekince ileri sürülmüş kabul edilmesi için bu irade beyanının cezaî şart kararlaştırılan borcun ifası sırasında yapılmış olmasını aramaktadır. Nitekim taraflar arasındaki hukuki ilişkiden doğan bir başka borcun ifası sırasında, cezaî şarta yönelik çekince ileri sürülmemiş olması bu hakkın kaybına yol açmayacaktır. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.116-117.

⁵⁸⁹ MüKoBGB/ Gottwald, Art 341, Rn.5; Palandt, Art 341, N.4; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 341, N.8; Erman/Schaub, Art 341, Rn.3; Soergel, Lindacher, Art 343, N.10; Staudinger, Rieble, Art 341, N.1-3.

⁵⁹⁰ MüKoBGB/ Gottwald, Art 341, Rn.9; Erman/Schaub, Art 341, Rn.4. İsviçre Hukuku’nda kümülatif cezaî şart bakımından bu görüş için bkz. Koller, §81, Rn. 56. Hatta alacaklının posta ile kendisine gönderilen, gereği gibi ifa edilmemiş edimi borçluya geri göndermiş olması çekince olarak kabul edilmektedir. Bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 341, Rn.11.

⁵⁹¹ MüKoBGB/ Gottwald, Art 341, Rn.5. Alman doktrininde, kanunda ifaya eklenen cezaî şart bakımından çekince şartı öngörülmesinin iki farklı amacı olduğuna dikkat çekilmektedir. Öncelikle çekince ileri sürülmesi ile hukuki açıklık sağlanmaktadır. Zira alacaklının edimin ifasını kabul ettikten sonra cezaî şartı da talep edip etmeyeceği konusu belirsizdir. Bu husus BGB’nin yürürlüğe girmesinden önce, alacaklının ifayı kabulü halinde cezaî şarttan feragat mi etmiş sayılacağı noktasından tartışmalıydı. Nitekim çekince düzenlemesi ile borçlu, cezaî şart talep hakkı zamanaşımına uğrayıncaya

karşılık bu hükmün çok katı uygulanmasının, alacaklının aleyhine sonuç doğuracağına da dikkat çekilmektedir⁵⁹². Nitekim alacaklının ifayı kabul etmesi anında gereği gibi ifa edilmediğinden habersiz olması durumunda, ifayı çekincesiz kabul ettiği gerekçesiyle cezaî şart talep hakkını kaybedecek olmsını bir sakınca olarak ileri sürmektedir⁵⁹³.

Kısmi ifa halinde alacak çekincesiz kabul edilirse, sadece bu kısım bakımından kanundaki hukuki sonuç doğacaktır⁵⁹⁴. Yani her kısım bakımından ayrı ayrı çekince ileri sürmesi beklenmektedir. Ancak cezaî şart borcun tamamının yerine getirilmemesi haline ilişkin olarak kararlaştırılmışsa, son kısmın kabulünde çekince ileri sürülmesi isabetli olarak yeterli kabul edilmektedir⁵⁹⁵.

Alacaklının cezaî şart talep etme hakkına dair çekince ileri sürmesi anı, çekincenin geçerliliği için önemi haizdir. Zira bu hak doğmadan yapılan veya doğduktan hemen sonra ileri sürülmeyen ya da borçlunun ifada bulunmasının üzerinden bir süre geçtikten sonra ileri sürülen çekince yapılmamış sayılacaktır⁵⁹⁶. Dolayısıyla alacaklının, çekinceyi ifayı kabul etmeden hemen önce veya en geç ifa sırasında ileri sürmesi gerekmektedir⁵⁹⁷. Bununla beraber alacaklının çekince ileri sürme hakkı doğduktan sonra, bazı istisnai hallerde uygun bir süre tanınması gerektiği de ileri sürülmektedir. Örneğin ifanın alacaklının yardımcısına yapılması halinde, alacaklının kabulden sonra da çekince ileri sürebileceği yönündeki kabul, kanaatimizce de isabetlidir. Fakat genel kural, çekincenin en geç kabul anında ileri sürülmesidir⁵⁹⁸. Alman Hukuku'nda da alacaklının çekinceyi, talepten önce veya sonra

kadar bu talep ile karşılaşp karşılaşmayacağı konusunda belirsizlik içinde bırakılmamış olacaktır. Bu konuda ikinci amaç olarak ise borçlunun korunması gösterilmektedir. Alacaklı ifayı çekince ileri sürmeksizin kabul edince, cezaî şart talep hakkı ortadan kalkmaktadır. Böylelikle borçlu, borcundan kurtulma şansı elde etmektedir. Bu amaçlar hakkında bkz. Staudinger,Rieble, Art 341, N.4-5; Soergel, Lindacher, Art 341, N.13. Ayrıca Türk Hukuku'da söz konusu iki amaç hakkında bkz. Buz, s.14.

⁵⁹² MüKoBGB/ Gottwald, Art 341, Rn.5.

⁵⁹³ Erman/Schaub, Art 341, Rn.4.

⁵⁹⁴ Soergel, Lindacher, Art 343, N.10; Erman/Schaub, Art 341, Rn.4; Jauernig, Art 341, N.5; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.118; Buz, s.15.

⁵⁹⁵ MüKoBGB/ Gottwald, Art 341, Rn.11; Staudinger,Rieble, Art 341, N.51; Buz, s.15.

⁵⁹⁶ Staudinger,Rieble, Art 341, N.65; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.117; Buz, s.15. Çekincenin, ifayı kabulden önce ileri sürülmesini mümkün kabul eden görüş için bkz. Bentele, s.105.

⁵⁹⁷ Hatemi, Gökyayla, s.382.

⁵⁹⁸ Staudinger,Rieble, Art 341, N.50.

ileri sürmesinin geçerli olmayacağı kabul edilmektedir. Nitekim kanunda, edimi kabul anında ileri sürülmesi gerektiği açıkça yer almaktadır⁵⁹⁹.

İfanın kabul edildiğini ispat yükü borçludadır. Fakat çekince ileri sürüldüğünü ise alacaklı ispat etmelidir⁶⁰⁰. Alman Hukuku'nda da cezaî şart talep hakkını saklı tuttuğunu ispat yükü alacaklının üzerindedir⁶⁰¹. Bunun dışında Türk, İsviçre ve Alman Hukuku'nda çekince ileri sürmesine ilişkin hüküm emredici nitelikte olmadığından, taraflar sözleşmede farklı şekilde düzenleme yapabileceklerdir⁶⁰².

C. İfayı Engelleyen Cezaî Şart

Taraflar, seçimlik cezaî şart veya ifaya eklenen cezaî şart kararlaştırmak yerine, borca aykırılık halinde borçlunun, münhasıran cezaî şart ödemesini de kararlaştırabileceklerdir. Bu yönde yapılan anlaşma ile ortaya çıkan cezaî şarta, ifayı engelleyen cezaî şart (*exklusive Konventionalstrafe*) denilmektedir⁶⁰³. Bu durumda alacaklının, aynen ifa veya cezaî şart talep etme bakımından bir seçim hakkı mevcut değildir. Nitekim alacaklının kanunen sahip olduğu seçim hakkı, sözleşme yoluyla cezaî şart ödenmesi kararlaştırılarak ortadan kaldırılmıştır. Bu nedenle borçlunun borca aykırı davranması halinde alacaklı, münhasıran cezaî şart ödenmesini talep edebilecektir. Dolayısıyla alacaklının, borcun ifa edilmesine olan menfaatinin sadece cezaî şart ödenmesi yoluyla sağlanması amaçlandığından, alacaklının bu halde aşkın zararı da talep edemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁰⁴.

⁵⁹⁹ MüKoBGB/ Gottwald, Art 341, Rn.7; Staudinger/Rieble, Art 341, N.50; Palandt, Art 341, N.3; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 341, N.9; Jauernig, Art 341, N.4. Erman/Schaub ise alacaklının ifayı kabulden önce, ancak zamansal olarak kabul anı ile bağın devam ettiği süreçte çekince ileri sürmesi halinde borçlu, alacaklının bu çekincesinin kabul anında da sürdüğünü fark edebilecek durumdaysa, çekincenin geçerli sayılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Erman/Schaub, Art 341, Rn.3a. Türk Hukuku'nda aynı yönde bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.117-118. Son yazar, bu hale örnek olarak, alacaklının cezaî şartın ödenmesi için dava açmasını ve bu dava sürerken borçlunun, sözleşmeden doğan borcu ifa etmesine rağmen alacaklının davayı sürdürmesini göstermektedir. Bu örnek için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.118. Bu örnek bakımından ayrıca bkz. Staudinger/Rieble, Art 341, N.67-70.

⁶⁰⁰ Bentele, s.106; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.119; Buz, s.16.

⁶⁰¹ Palandt, Art 341, N.2; Schellhammer, Rn.1496.

⁶⁰² Staudinger/Rieble, Art 341, N.11-13; MüKoBGB/ Gottwald, Art 341, Rn.17; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 341, N.11; Erman/Schaub, Art 341, Rn.3a; Jauernig, Art 341, N.3; Schellhammer, Rn. 1497. Türk Hukuku'nda aynı yönde bkz. Buz, s.16

⁶⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Von Tuhr, Escher, s.283; Schoch, s.48; Reck, s.111; Guhl, Merz, Druey, s.554; Bentele, s.21; Santoro, s.21.

⁶⁰⁴ Santoro, s.21.

TBK m.179/3’de ifayı engelleyen cezaî şarta benzeyen başka bir kurum olan dönme cezası düzenlenmektedir. Buna göre “*Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.*”. Bu hüküm uyarınca borçlu, dilediği zaman cezaî şartı ödeyerek sözleşmeden dönebilecek veya sözleşmeyi feshedebilecektir. Böyle bir hükme sözleşmede yer verilmişse alacaklı, dönme hakkını kullanan borçludan asıl edimin ifasını isteyemeyecektir⁶⁰⁵.

Dönme cezası ile ifayı engelleyen cezaî şartın aynı kavramlar olup olmadığı konusunda doktrinde kavram karışıklığı yaşanmaktadır. Bu çerçevede dönme cezası ile ifayı engelleyen cezaî şartı aynı kavramlar olarak kabul eden yazarlar, TBK m.179/3’deki (OR m.160/3) düzenlemeyi kast etmektedir⁶⁰⁶. Buna karşılık bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüş, bu iki kavramın birbirinden farklı olduğuna dikkat çekmektedir⁶⁰⁷. İki kavram arasında en dikkat çekici farklılık, dönme cezası bakımından cezaî şartın muaccel olmasının, borçlunun sözleşmeden dönme/sözleşmeyi feshetme hakkını kullanmasına bağlanması noktasında görülmektedir⁶⁰⁸. İfayı engelleyen cezaî şart halinde ise cezaî şartın talep edilebilmesi için, borçlunun sözleşmeden dönmesi aranmamaktadır. İfayı engelleyen cezaî şartta sadece alacaklının, cezaî şart muaccel olduktan sonra seçim hakkı ortadan kaldırılmıştır. Yoksa borçlunun, cezaî şartın muaccel olmasından önce sözleşmeden doğan asıl borcu ifa etmesi mümkündür. Borçlunun, borca aykırı davranması halinde ise alacaklı, sadece cezaî şart ödenmesini talep edebilecektir⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ Tekinay vd., s.352; Oğuzman, Öz, s.548; Eren, s.1214. Ayrıca dönme cezası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm, IV, C.

⁶⁰⁶ Bucher, s.529; Reck, s.108, 111; Keller, Schöbi, s.113; Guhl, Merz, Druey, s.554; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.31; Tekinay vd., s.353; Oğuzman, Öz, s.548; Eren, s.1214.

⁶⁰⁷ Von Tuhr, Escher, s.283; Schoch, s.48; Santoro, s.21; Buz, s.16.

⁶⁰⁸ Dönme cezası için sözleşmeden dönme şartının gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin bir Yargıtay kararında, “...sözleşmedeki hüküm, hukuki niteliği itibarıyla 818 Sayılı B.K.nın 158/III (T.B.K.nın 179 /son) maddesi gereğince dönme cezası mahiyetindedir. Bu tür cezanın istenebilmesi için karşı tarafça akitten dönülmesi gerekir. Somut olayda ise, imkansızlık hali mevcut olup, davalı yüklenicinin sözleşmeden dönmesi söz konusu değildir. Bu sebeple dönme cezasına dair istemin şartları oluşmadığından tümüyle reddi gerekirken, yanlışlıkla gerekçeyle kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır...” gerekçesine dayanılarak karar verilmiştir. Bu karar için bkz. Y.23.HD., T.19.02.2014, E. 2013/8338, K. 2014/1193, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 23.10.2018.

⁶⁰⁹ Von Tuhr, Escher, s.283; Schoch, s.48; Santoro, s.21; Buz, s.16. Borçlu, uyumsuzluk halinde dönme cezası ya da ifayı engelleyen cezaî şart kurumlarından hangisinin somut olayda ortaya çıktığını iddia ediyorsa ispatlamalıdır. Bu konuda bkz. Reck, s.111; Tekinay vd., s.353.

IX. CEZAÎ ŞARTIN MİKTARI

A. Genel Olarak

TBK m.182/1 uyarınca, cezaî şart miktarını taraflar serbestçe belirleyebilecektir. Uygulamada cezaî şartın miktarı genellikle asıl sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkacak zarar göz önünde bulundurularak, tahmini olarak belirlenmektedir. Fakat belirtilmelidir ki cezaî şartın miktarı, tarafların kararlaştırmasına bağlıdır; zarar miktarına bağlı değildir⁶¹⁰.

Cezaî şartın zarar miktarına bağlı olmamasının önemli bir sonucuna TBK m.180/1'de açıkça yer verilmiştir. Bu maddeye göre alacaklının, kararlaştırılan cezaî şartı hiçbir zarara uğramamış olsa bile talep hakkı mevcuttur. Zira cezaî şartın doğması için aranan borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi şartı gerçekleşmiştir. Artık bu fiil gerçekleştikten sonra, zarara neden olup olmadığının ya da zarar miktarının incelenmesine gerek yoktur. Kuşkusuz bu ifade edilenler, borcun kısmen ifa edilmemesi hali için de geçerlidir. Yani alacaklı, aksi kararlaştırılmadıkça kısmen borcun ifa edilmemesi halinde dahi cezaî şartın tamamının ödenmesini borçludan isteyebilecektir⁶¹¹.

Cezaî şartın miktarı belirlenirken, taraf menfaatlerinin tam ve kuruşu kuruşuna hesap edilmesi, cezaî şartın kararlaştırılması aşamasında ne mümkün ne de gereklidir. Dolayısıyla taraflar yaklaşık değer belirlemektedir⁶¹². İsviçre Hukuku'nda menfaatlerin önceden belirlenmesindeki zorluğun aşılması adına, cezaî şartın sözleşmede kesin miktar olarak belirlenmemesi tavsiye edilmektedir. Sözleşmede yer verilecek miktarın, sözleşme ihlalinin ağırlığı veya başka belirli durumların dikkate alındığı ölçütlere bağlanabileceği savunulmaktadır. Örneğin, asıl sözleşmeden doğan borcun ifasındaki gecikme için cezaî şart kararlaştırılması halinde, dikkate alınacak ölçütün gecikme zaman birimi *-her gün için 1.000 TL gibi-* olabileceği belirtilmektedir⁶¹³. Ya da cezaî şartın en düşük veya en yüksek olabileceği miktar

⁶¹⁰ Von Tuhr, Escher, s.283-284; Schoch, s.59; Oğuzman, Öz, s.545.

⁶¹¹ Von Tuhr, Escher, s.283. Bu konuda bkz. 1. Bölüm, VIII, A, 2, d.

⁶¹² Von Tuhr, Escher, s.283-284; Schoch, s.59.

⁶¹³ Schoch, s.59; Bucher, s.531.

aralığının sözleşmede düzenlenmesi önerilmektedir. Nitekim unutulmamalıdır ki cezaî şartın mutlaka para şeklinde ödenmesinin kararlaştırılması da zorunlu değildir; ekonomik değeri haiz yapma veya yapmama borcu olarak tespiti de mümkündür⁶¹⁴.

Türk Hukuku'nda, cezaî şart miktarının tespitinin üçüncü kişiye bırakılması kabul görmektedir. Fakat üçüncü kişinin, hal ve durumu dikkate alarak adalete uygun bir miktar tayin etmesi beklenmektedir⁶¹⁵. Alman Hukuku'nda da cezaî şart miktarının sözleşme kurulurken değil, daha sonra somutlaştırılması geçerli kabul edilmektedir. Nitekim cezaî şart miktarının tespiti, alacaklıya veya üçüncü kişiye, makul ölçülerde belirlenmek şartıyla bırakılabilmektedir (*BGB m.315-317*)⁶¹⁶. Alman Hukuku'nda cezaî şartın miktarının belirlenmesinin hakem kurulu ya da hâkime bırakılıp bırakılamayacağı da tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, cezaî şart miktarının belirlenmesi hakem kuruluna bırakılabilecektir⁶¹⁷. Cezaî şart miktarının tespitinin hâkime bırakılması ise ancak sözleşmeyi tamamlama şeklinde genel bir görev niteliğinde olmadıkça mümkün görülmektedir⁶¹⁸.

Cezaî şart, sözleşme taraflarınca cezaî şart ödenmesini gerektirecek asıl sözleşmeye aykırı fiil ortaya çıkmadan önce yapılan bir cezaî şart anlaşması ya da cezaî şart klozu ile belirlenmiş bir miktardır⁶¹⁹. Nitekim cezanın miktarı, geçersizliği ve indirilmesi kenar başlıklı TBK m.182/1'de (*OR m.163*) bu husus “*taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler.*” şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu hüküm, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda da “*Akitler, cezanın miktarını tayinde serbesttirler.*” ifadesiyle yer bulmuştu. Bu hükmün, sözleşme serbestisinin yansıması olduğu ifade edilmektedir⁶²⁰. Alman Hukuku'nda cezaî şartta indirim yapılması kenar başlıklı BGB

⁶¹⁴ Bu örnekler için bkz. Schoch, s.59-60. Söz konusu öneriye uygun cezaî şart miktarı belirlenmesi halinde, cezaî şartın objektif ölçütlere göre belirlenebilir olması gerekmektedir. Eğer ki bu belirleme mümkün olmuyorsa, hâkimin veya tarafların önceden anlaşmasıyla kararlaştırılan üçüncü kişi tarafından muaccel olan miktarın ne kadar olduğu tespit edilecektir. Zira bu miktarın tespiti tek başına alacaklıya bırakılmamalıdır. Aynı şekilde cezaî şart miktarı en düşük ve en yüksek ödenmesi gereken aralıklar şeklinde kararlaştırılmışsa, borçlunun her durumda en yüksek miktarı ödemesi şeklinde değil, borçlunun kusurunun ağır olması nedeniyle zararın yüksek olması halinde en yüksek miktarı ödeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Bu konuda bkz. Schoch, s.60. Ayrıca bkz. Gauch, Schluep, Rey, Rn.3915.

⁶¹⁵ Tunçomağ, *Cezai Şart*, s.66.

⁶¹⁶ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.28.

⁶¹⁷ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.30.

⁶¹⁸ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.30-31.

⁶¹⁹ Bentele, s.109; Oğuzman, Öz, s.539; Eren, s.1216.

⁶²⁰ Von Tuhr, Escher, s.284; Schoch, s.59; Koller, §81, Rn. 35.

m.343'de ise tarafların, cezaî şart miktarını belirlemede serbest olduklarına açıkça yer verilmesine gerek duyulmamıştır. Fakat bu sonuca zaten genel hükümlerdeki sözleşme serbestisi yoluyla ulaşılabilecektir⁶²¹.

B. Cezaî Şartı Aşan Miktarın Talep Edilmesi

1. Genel Olarak

Cezaî şart miktarı, sözleşmelerde genellikle alacaklının uğrayabileceği zararı aşan veya en azından zarar miktarı kadar belirlenmektedir. Eğer alacaklı, cezaî şart miktarı kararlaştırılırken ileride meydana gelebilecek zarar miktarını öngörüp uygun bir hesaplama yapmışsa sorun yoktur. Nitekim alacaklı, borcun yerine getirilmemesi halinde zararın miktarını ispat etmeden, sözleşmede kararlaştırılan cezaî şartı talep edebilecektir. Buna karşılık taraflarca cezaî şart miktarı iyi hesaplanamayıp, zarardan dahi düşük belirlenmiş olabilir. Bu durumda cezaî şart kararlaştırılmış olmasından bir yarar sağlanamayacaktır⁶²². Hatta alacaklı, cezaî şart ile birlikte uğradığı zararın tümünü talep edemeyeceği için, cezaî şart kararlaştırmak zararına bile olabilecektir. Oysaki cezaî şart kurumunun getirilme amacı, zarar miktarını ispat etmeden, borçlunun borca aykırı davranışına karşılık, alacaklının haklı menfaatinin korunmasının sağlanmasıdır⁶²³. Bu sakıncalar gözetilerek, alacaklıya TBK m.180/2 (OR m.161/2, BGB m.340/2) uyarınca, cezaî şartı aşan zararın talep edilmesi imkânı tanınmıştır⁶²⁴.

Borçluyu korumak amacıyla aşırı miktarda tespit edilen cezaî şartın hâkim tarafından indirilmesi mümkünken, alacaklıya aşkın zararı tazmin ettirme imkânı tanınmaması adaletli görülemeyecektir⁶²⁵. Ayrıca alacaklıya böyle bir imkân tanınmaması halinde, cezaî şart miktarını bilinçli olarak aşırı yüksek tutmak suretiyle, borçluyu zor durumda bırakabilecektir. Dolayısıyla cezaî şartı aşan miktarın talep

⁶²¹ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.1 vd..

⁶²² Schoch, s.56; Oser, Schönenberger, Art 161 OR, N.3; Bilge, s.110-111; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.120; Hatemi, Gökyayla, s.383.

⁶²³ Keller, Schöbi, s.114; Eren, s.1214-1215.

⁶²⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda da m.159/2'de aynı imkân alacaklıya açıkça tanınmıştır.

⁶²⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.120-121. Ayrıca bkz. Schoch, s.56.

edilebilmesi hem alacaklının hem de borçlunun menfaatine uygundur⁶²⁶. Aşkın zararın talep edilebilmesi için sözleşmede bu hakkın saklı tutulmasına da gerek yoktur; çünkü cezaî şart borçludan talep edilecek asgari miktar olarak kabul edildiğinden, aşkın zararın talep edilebilmesi kanunda aranan diğer şartların da varlığı halinde mümkündür⁶²⁷.

TBK m.180/2’de alacaklının, uğradığı zararın kararlaştırılan cezaî şart miktarını aşması halinde, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşkın miktarı isteyemeyeceği şeklinde bir ifadeye yer verilerek, hem aşkın zararın tazmin edilebileceği belirtilmiş hem de bu yola başvurma şartları düzenlenmiştir.

TBK m.180/2’de alacaklıya aşkın zararın tazmin ettirme imkânı getirilirken, seçimlik cezaî şart veya ifaya eklenen cezaî şart bakımından herhangi bir ayırım öngörülmemiştir. Mülga Kanun döneminde yapılan, ifaya eklenen cezaî şart bakımından aşkın zararın tazmin ettirilip ettirilemeyeceği yönündeki tartışma kanaatimizce ne o dönem için ne de günümüz için isabetlidir. Nitekim mülga Kanun dönemi bakımından da bu tartışmaya gerek olmadığını; çünkü kanunun böyle bir ayırım yapmak istemesi halinde bunu açıkça belirtebileceğini ileri süren yazarlar da mevcuttur⁶²⁸. Dolayısıyla hem seçimlik cezaî şart kararlaştırılması halinde hem de ifaya eklenen cezaî şartın mevcut olması halinde kanundaki şartlar gerçekleşmişse aşkın zarar talep edilebilecektir. Fakat TBK m.179/3’de yer alan ve doktrinde dönme cezası olarak adlandırılan düzenlemenin uygulanması halinde, aşkın zararın tazmininin, aksi kararlaştırılmadıkça mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁶²⁹. Hükmün düzenlenme amacı dikkate alındığında da bu görüşün isabetli olduğu ifade edilebilecektir. Zira bu fıkra, cezaî şart ödenerek sözleşmeden dönme hali düzenlenmiş olup, henüz borca aykırılık gerçekleşmediğinden zarar dahi ortaya

⁶²⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.121. Bilge ise aşkın zarara ilişkin hükmü, hem alacaklı zarara uğramamış bile olsa cezaî şart talep edebileceğine dair TBK m.180/1’e hem de sözleşmenin taraflar için kanun hükmünde olduğu esasına dayanarak eleştirmektedir. Bu eleştiri için bkz.Bilge, s.110-111.

⁶²⁷ Lohr, s.436. Alacaklının ifa ile birlikte cezaî şartı talep edebileceği hallerde borçlunun temerrüdü üzerine, ifa ile birlikte cezaî şartı isteyebileceği gibi, TBK m.118’de yer alan gecikme tazminatının miktarı cezaî şart miktarını aşıyorsa, aşan kısmı da borçludan talep edilebilir. Bkz. Nomer, Rn.240.3.

⁶²⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.121. İsviçre Hukuku’nda OR m.161/2 bakımından aynı yönde bkz. Schoch, s.57.

⁶²⁹ Oğuzman, Öz, s.552; Tekinay vd., s.359; Eren, s.1216; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.122; Keser, s.24.

çıkamamıştır. Ayrıca taraflar, dönme cezası kararlaştırmak suretiyle, borçlunun başka bir yükümlülük altına girmeden sadece bu miktarı ödeyerek borcundan kurtulmasını sağlamayı amaçlamıştır⁶³⁰. Bununla birlikte TBK m.446/2’de özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, rekabet yasağına aykırı davranış hali cezaî şarta bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına uyma borcundan kurtulabilecektir. Bu hükmün devamında ise işçinin, cezaî şart miktarını aşan zarar miktarını gidermek zorunda olduğuna açıkça yer verilmiştir. Anlaşılacağı üzere TBK m.446/2, dönme cezası halinde, aşkın zarar talebi bakımından özel bir düzenleme olarak görülmelidir.

Aşkın zarar talebi bakımından cezaî şartın paradan başka bir edim olarak kararlaştırılması hali için kanunda farklı bir düzenleme öngörülmemiştir. Zira cezaî şartın ancak ekonomik değeri haiz bir edim olarak kararlaştırılması kabul edilmektedir. Bu durumda oluşan zararın cezaî şartı aşıp aşmadığı, ancak hâkimin para dışındaki edimin değerini takdir etmesi halinde mümkündür. Fakat çok kere para dışındaki edimlerin değerinin belirlenmesi kolay değildir. Yere, zamana, hâkime göre takdir edilen değer değişebileceğinden, haksızlıklar ortaya çıkabileceği ileri sürülmektedir⁶³¹. Türk ve İsviçre Hukuku’ndan farklı olarak, Alman Hukuku’nda BGB m.342 ile bu konuda açıkça bir istisna getirilmiştir. Buna göre, cezaî şartın para dışında bir edim olarak kararlaştırılması halinde, edimin değerinin hesabında yaşanabilecek zorluklar dikkate alınarak, aşkın zararın talep edilemeyeceği tamamlayıcı bir hükümle belirtilmiştir⁶³².

⁶³⁰ Oğuzman, Öz, s.552-553.

⁶³¹ Oser, Schöenberger, Art. 161 OR, Rn.2; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.122.

⁶³² MüKoBGB/ Gottwald, Art 342, Rn.2-4; Palandt, Art 342, N.1; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 342, N.1; Erman/Schaub, Art 342, Rn.1; Bentele, s.96, dn.454; Palandt, Art 342, N.1. Alman Hukuku’nda cezaî şartın para dışında bir edim olarak kararlaştırılması halinde, sadece BGB m. 339 ila 341 hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden, hâkimin aşırı bulduğu cezaî şartı indirim yetkisi (BGB m.343) ile ispata ilişkin (BGB m.345) hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. Bkz. Prütting, Wegen, Weinreich, Art 342, N.1. Aksi görüşte bkz. Erman/Schaub, Art 342, Rn.1; Soergel, Lindacher, Art 342, Rn.2. Doktrinde sadece hâkimin indirim yetkisine ilişkin BGB m.343’deki düzenleme bakımından aksini ileri sürenler de vardır. Bu görüşte bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 342, Rn.1; Erman/Schaub, Art 342, Rn.1; Soergel, Lindacher, Art 342, Rn.2.

2. Aşkın Zararın Talep Edilebilmesinin Şartları

Cezaî şart miktarını aşan bir zarar ortaya çıkmışsa alacaklı, TBK m.180/2 uyarınca bu zararın tazminini talep edebilecektir. Ancak TBK m.180/2 gereği, eğer aşkın zarar talep edilecekse birtakım şartların varlığı aranmaktadır. Öncelikle aşkın zararın talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmektedir. Bu bağlamda kusurun kast, ağır ihmal veya hafif ihmal şeklinde olması herhangi bir fark yaratmayacaktır⁶³³. Buna bağlı olarak kanunda açıkça aranan ikinci şart ise alacaklının, bu zarar bakımından borçlunun kusurunu ispatla mükellef olmasıdır. Alacaklı, yalnızca aşkın zarar bakımından borçlunun kusurunu ispatla mükelleftir. Bu hükümden ortaya çıkan sonuç ise normal şartlarda cezaî şartın kusur ve zararın ispatına gerek olmaksızın talep edilebilmesi; bununla birlikte aşkın zararın tazmini isteniyorsa ispata ilişkin genel hükümlerin (TBK m.112) aksine alacaklının, borçlunun kusurunu ispat etmesinin aranmasıdır⁶³⁴. Mülga Kanun döneminde kusura ilişkin genel ispat hükümlerinden ayrılmış olunması eleştirilmekte ve genel hükümlerle uyumlu bir ispat şartı getirilmesi tavsiye edilmekteydi⁶³⁵. Ancak yürürlükteki Kanun döneminde de söz konusu hüküm aynı şekilde düzenlendiğinden, kanun koyucunun bilinçli şekilde bu tercihi yaptığını ifade edebiliriz⁶³⁶. Bununla birlikte borçlunun, kusursuz

⁶³³ Schoch, s.57; Bucher, s.530; Von Tuhr, Escher, s.284; Bentele, s.96-97; Santoro, s.19; Oğuzman, Öz, s.552; Tekinay vd., s.359; Eren, s.1215.

⁶³⁴ Von Tuhr, s.283-284; Oser, Schöenberger, Art 161, OR, N.4; Schoch, s.57; Petitjean, s.18; Guhl, Merz, Druey, s.555; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3939; Oğuzman, Öz, s.534; Tekinay vd., s.359; Eren, s.1215; Nomer, Rn.240; Keser, s.24-25. Belirtilmelidir ki TBK m.112'de yer alan kusur karinesinden farklı düzenleme getiren bu hüküm, sadece aşkın zarar bakımından uygulama bulacaktır. Yoksa alacaklının cezaî şart talep etmesi halinde, borçlunun cezaî şart ödemekten kurtulmak için asıl sözleşmeden doğan borcun ihlalinde kusuru olmadığını ispat etmesi, yine TBK m.112'de öngörülen genel kuralın uygulama alanıdır. Dolayısıyla alacaklı, aşkın zarar talebi bakımından borçlunun kusurunu ispat edemese dahi, cezaî şart talep edebilecektir. Şüphesiz bu talep için borçlu, asıl borcun ihlalinde kusuru olmadığını ispat edememiş olmalıdır. Bkz. Kocağa, s.319.

⁶³⁵ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.124-125. Karşı görüşte bkz. Saymen, Elbir, s.557. İsviçre Hukuku bakımından da genel hükümlerden ayrılan OR m.161/2'deki ispat kuralını değerlendiren Von Tuhr, düzenlemenin cezaî şartın amacına aykırı olduğunu, zira alacaklının durumunu güçlendirmesi gerekirken zorlaştırdığını ifade ederek eleştirmektedir. Bkz. Von Tuhr, Escher, s.283. Karşı görüşte bkz. Becker, Art 161 OR, N.3; Bilge, s.111. Karş. Schoch, s.58.

⁶³⁶ Bu noktada belirtilmelidir ki aşkın zarara ilişkin başka bir hüküm, temerrüt faizine ilişkin olarak TBK m.122'de (BK m.105) yer almaktadır. Temerrüt faizi ile cezaî şart hem borçlunun kusuru hem de doğruları hukuki dayanak yönünden birbirinden oldukça farklıdır. Fakat her ikisinde de borçlunun borca aykırı davranışından dolayı alacaklının zarar uğramadığını ispat ederek ödemedi kaçınması mümkün değildir. Bu benzerliğin yanında ayrıca her iki kurum için de kanun koyucu aşkın zararın istenebilmesini hükme bağlamıştır. Fakat bir farklılık öngörülmüştür. Cezaî şartı aşan miktarın talep edilmesi alacaklının, borçlunun kusurunu ispatlaması şartına bağlıdır. Oysaki temerrüt faizini aşan miktarın tazmini genel hükümlerdeki ispat kuralına bağlanmıştır. Yani borçlu, temerrüt faizini aşan

sorumluluğunun olduğu hallerde, alacaklının borçlunun kusurunu ispatlaması kuralı uygulanmayacaktır. Örneğin borca aykırılığa ifa yardımcısının sebebiyet vermesi gibi hallerde alacaklı, aşkın zararı borçlunun kusuru aranmaksızın talep edebilecektir⁶³⁷.

Aşkın zararın talep edilebilmesi için aranan üçüncü şart ise cezaî şart miktarını aşan bir zarar ortaya çıkmasıdır. Alacaklı, cezaî şart talebinin yanı sıra zararın tamamını tazmin ettiremeyecektir. Alacaklı, TBK m.180/2 kapsamında sadece cezaî şart miktarını aşan kısmı talep edebilecektir. Dolayısıyla ortaya çıkan tüm zarardan, cezaî şart mahsup edilerek aşkın zarar miktarı tespit edilecektir⁶³⁸. Bu durum ya öngörülemeyen bir nedenle yüksek miktarda zarara uğranılması ya da tarafların cezaî şart kararlaştırırken cezaî şartı iyi hesaplayamaması halinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim söz konusu hüküm, esasen alacaklının bütün zararının tazmin ettirilmesine hizmet etmektedir⁶³⁹. Bununla birlikte aşkın zarar tespitinde, alacaklının ifa etmekten kurtulduğu karşı edim de dikkate alınmalıdır⁶⁴⁰.

Son bir şart ise borçlunun, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi hali ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmasıdır⁶⁴¹.

Aşkın zararın tazmini bakımından TBK m.180/2 hükmü, emredici nitelik taşımadığından tarafların sözleşmede aksine düzenleme yapmaları mümkündür⁶⁴². Örneğin, alacaklının ispat yükünden kendisini kurtarması, kesin bir cezaî şart miktarı belirlenerek borçlunun aşkın zarardan sorumlu olmayacağı veya borçlunun kusuru olmasa dahi aşkın zarardan sorumlu olacağı şeklinde düzenlemeler öngörülmesi

zarar miktarını ödemekten kurtulmak için kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispatla mükelleftir. Bu bakımdan her iki kurum arasında, aşkın zararın talep edilmesi ispat yükü yönünden farklı düzenlenmiştir. Doktrinde bu farklılığın herhangi bir haklı sebebe bağlanmadığına dikkat çekilmektedir. Bu yorum için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.127.

⁶³⁷ Bu konuda bkz. Oğuzman, Öz, s.535; Eren, s.1215; Nomer, Rn.240; Cansel, Özel, s.727.

⁶³⁸ Gauch, Schluep, Rey, N.4033; Nomer, Rn.240. Aksi görüşte bkz. Kılıçoğlu, s.802. Alacaklının temerrüt faizi talep etme hakkı doğması halinde, bu faiz de ödenecek miktardan düşülmelidir. Bkz. Eren, s.1215.

⁶³⁹ Oser, Schönenberger, Art 161 OR, N.4; Von Tuhr, Escher, s.283; Bilge, s.111; Eren, s.1215.

⁶⁴⁰ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.123-124; Hatemi, Gökyayla, s.384.

⁶⁴¹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.124; Kocaağa, s.316; Keser, s.25.

⁶⁴² Alacaklının, cezaî şartı aşan miktarı talep hakkından vazgeçmesi de her zaman mümkündür. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.126.

geçerli kabul edilmektedir⁶⁴³. Ayrıca borçlunun işçi olması durumunda, TBK m.420 düzenlemesi de dikkate alınmalıdır.

X. HÂKİMİN AŞIRI GÖRDÜĞÜ CEZAÎ ŞARTI İNDİRME YETKİSİ

A. 818 Sayılı Borçlar Kanunu Dönemi

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde 161.maddenin son fıkrasında, aşırı cezaî şartın indirilmesine ilişkin olarak açık bir düzenleme mevcuttu. Ancak özellikle doktrinde bu konu oldukça tartışmalıydı. Nitekim sözleşme serbestisinin geçerli olduğu Türk Hukuku'nda hâkime, tarafların belirlediği cezaî şartı indirme yetkisi verilemeyeceğini savunanlar olduğu kadar⁶⁴⁴; ahde vefa ilkesi ve sözleşme serbestisinin daima mutlak olmadığı, değişen şartlara istinaden hâkime müdahale yetkisi tanınması gerektiği yönünde görüş bildirenler de vardı⁶⁴⁵.

Cezaî şart miktarının, tarafların serbest iradesine bağlı olması gerektiğini ve hâkime indirim yetkisi verilmemesini savunan Tunçomağ, birçok gerekçe ileri sürmüştür. İlk gerekçesi, sözleşme serbestisi gereği, sözleşmeye müdahalenin ancak kamu yararı varsa mümkün kabul edilebileceğidir. Cezaî şartın, salt borçlunun ekonomik olarak mahvına veya istismarına neden olmak amacıyla kararlaştırılmış olması da kamu yararı kavramına dâhil edilmektedir. Bu durumda cezaî şart zaten ahlaka aykırı kabul edileceği için yaptırıma tâbi olacak ve böylece hâkimin müdahalesine gerek dahi kalmayacaktır⁶⁴⁶.

⁶⁴³ Bucher, s.530-531; Bentele, s.98; Becker, Art 161 OR, N.5; Bilge, s.111-112; Eren, s.1215; Keser, s.25. Alacaklının asıl sözleşmeyi sona erdirmesi halinde hem fer'i niteliği gereği cezaî şart ortadan kalkacaktır hem de alacaklı menfî zararın tazmini dışında tazminat hakkını kaybedeceğinden aşkın zarar talep edilemeyecektir. Nitekim sözleşmeden dönme halinde sözleşme kural olarak geçmişe etkili olarak tüm hükümleri ile ortadan kalkacağından, TBK m.125 uyarınca sözleşmeden dönmeyi tercih eden alacaklı, cezaî şart talep etme hakkını yitireceği gibi, aşkın zararını da talep edemeyecektir. Fakat belirtildiği üzere, TBK m.125/3 gereği menfî zararını isteme hakkı mevcuttur. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.126; Antalya, **C.III**, s.514 vd.. Kocaağa, s.307. Karş. Serozan, **Dönme**, s.78 vd.; aynı yazar, s.234 vd..

⁶⁴⁴ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.30.

⁶⁴⁵ Bu görüş yönünde bkz. Tekinay vd., s.354.

⁶⁴⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.130-131.

Tunçomağ'ın ileri sürdüğü ikinci gerekçe ise, hâkime cezaî şartı indirme yetkisi verilmesi halinde hâkimin bu sınırlamayı ne şekilde yapacağının belirsiz olacağıdır. Zira hâkim indirim yapmak için gerekli tüm bilgilere sahip olamayabilecektir. Bunun yanı sıra bu görüşe göre, takdir yetkisi verilmesi hâkimin hukuku uygulaması değil, yaratması anlamına da geleceğinden sakınca doğurabilecektir⁶⁴⁷.

Cezaî şart miktarının aşırı görölmesi halinde hâkimin indirim yapma yetkisinin olması gerektiğini savunan aksi görüşe göre ise, uygulamanın ihtiyaçlarının da hukuk sistemi içinde dikkate alınması gerekmektedir. Bu görüşün temelinde sosyal devlet ilkesi vardır. Bu nedenle sözleşme serbestisinin, sınırları olmadan uygulanmasının mümkün görölemeyeceği ve ekonomik olarak zayıf olan tarafın hukuk düzeni tarafından korunması gerektiği ileri sürölmektedir. Nitekim kanun koyucu da cezaî şartın, borçlu üzerinde adalete aykırı baskılara neden olmasını önlemek amacıyla, hâkime aşırı görödüğü cezaî şartı indirme yetkisi tanımıştır. Gerçekten de BK m.161/3'e göre hâkim, cezaî şartı miktar olarak aşırı görödüğünde cezaî şart anlaşmasını kesin hükümsüz sayamayacaktır. Zira Kanun, hâkime sadece sözleşmeye müdahalede bulunarak, cezaî şart miktarını makul sınırlara indirme yetkisi tanımıştır⁶⁴⁸.

818 sayılı Kanun döneminde aşırı cezaî şartta indirim yapılmasına dair hükmün hukuki niteliği de ele alınmış ve özellikle bu kurumun kabul edilmesi halinde, borçluya talep hakkı mı verdiği yoksa indirimin sadece hâkimin yetkisinde mi olduğu konusu tartışılmıştır⁶⁴⁹. Tunçomağ, hâkimin cezaî şartı kendiliğinden indiremeyeceğini, borçlunun bu konuda bir talepte bulunmasının mecburi olduğunu savunmaktaydı. Bu nedenle de hâkimin “indirim yapabilme yetkisinin” olduğunu, ancak borçlunun da “indirim isteme hakkına” sahip olduğunu, bu iki kavramın birbirinden farklı olduğunu

⁶⁴⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.131.

⁶⁴⁸ Tekinay vd., s.354; Günay, s.173.

⁶⁴⁹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nı değerlendiren Ekmekçi, Tasarı'nın 187.maddesinde hâkimin, aşırı görödüğü cezaî şartı talebe gerek olmaksızın kendiliğinden indirmekle yükümlü tutulmasının, doktrindeki tartışmaları giderdiğine dikkat çekmektedir. Bu değerlendirme için bkz. Ömer Ekmekçi, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine”, **Mess Mercek Dergisi**, Temmuz 2005, s.167.

ifade etmekteydi⁶⁵⁰. Aksi görüşteki yazarlar ise hâkimin, davada talep olmasa dahi aşırı cezaî şartı re'sen indirmekle yükümlü olduğunu kabul etmekteydiler⁶⁵¹.

B. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Dönemi

1. Amacı

Sözleşmenin ihlali halinde zarar ortaya çıkmaya bile, sözleşmede kararlaştırılan cezaî şartın ödenmesi yoluyla alacaklıya koruma sağlanmaktadır. Buna karşılık TBK m.182/3'de (OR m.163/3) yer alan düzenleme ile aşırı miktarda belirlenen cezaî şartın varlığı halinde, bu sefer borçluya koruma getirilmesi amaçlanmaktadır⁶⁵². Nitekim kanuna göre taraflar, cezaî şart miktarını belirlerken tamamen serbesttir. Zira cezaî şart, sözleşme özgürlüğü ilkesine ve irade özerkliğine dayanmaktadır⁶⁵³. Hâkime aşırı cezaî şartı indirim yetkisi verilmesi yoluyla, ekonomik olarak güçlü olanın sahip olduğu hakları, güçlü olmayana karşı kötüye kullanmasının önlenmesi sağlanmaktadır⁶⁵⁴. Sözleşmeler için her ne kadar ahde vefa ilkesi uygulanmaktaysa da, kanundaki düzenleme ile cezaî şartın aşırı belirlenmesi hali için, bu ilkeye bir istisna getirildiği ifade edilmektedir⁶⁵⁵.

⁶⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.135-136. Ayrıca bu yönde bkz. Bucher, s.532.

⁶⁵¹ Von Tuhr, Escher, s.285; Becker, Art 163 OR, N.21.

⁶⁵² MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.1; Koller, §81, Rn. 39; Kocaağa, s.321-322.

⁶⁵³ Bilge, s.117; Eren, s.1216. Uygulamada bazı iş sözleşmelerinde, işçinin kararlaştırılan cezaî şartın aşırı nitelikte olmadığına yönelik beyanının yer alması, hâkimin indirim yetkisine engel olma amacı taşımaktadır. Bununla birlikte bu yöndeki hükümler geçersiz olup, hâkimin aşırı gördüğü cezaî şartı indirmesine engel olarak kabul edilmemektedir. Bu doğrultuda bkz. Ömer Ekmekçi, "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi**, 2001, İstanbul, Mess Yayını, s.69.

⁶⁵⁴ Fischer, s.178; Keller, Schöbi, s.114; Schoch, s.62; Petitjean, s.56; Bentele, s.111; Bilge, s.117; Hatemi, Gökyayla, s.384. İsviçre'de söz konusu düzenlemenin yürürlüğe girmesi sırasında bu düzenlemeye karşı doktrinde çeşitli eleştiriler getirilmiştir. Bir yandan düzenleme, sözleşmenin ekonomik bakımdan zayıf tarafının aşırı cezaî şart yükünden koruması gerekçesi ile olumlu bulunurken, diğer yandan ise cezaî şart kurumunun amacını ve etkisini yitireceği çekincesi öne sürülmüştür. Ayrıca hâkime, tarafların kendi özgür iradeleri ile imzaladıkları sözleşmeye müdahale yetkisi tanınması da şüphe ile karşılanmıştır. Bu görüşler için bkz. Stahel, s.115; Schumacher, s.107. Buna rağmen Schoch, hâkimin indirim yetkisine uzun yıllardır başvurulmasının uygulamada ortaya koyduğu pratik etkiler dikkate alındığında, söz konusu şüphe ve eleştirilerin artık güncelliğinin kalmadığını; ayrıca çekince ileri sürülen sakıncalarla da uygulamada karşılaşılmadığını belirtmektedir. Nitekim yazara göre, hâkimin indirim yetkisi sayesinde cezaî şart, yaşayan bir kurum haline gelmiştir. Bu görüş için bkz. Schoch, s.63.

⁶⁵⁵ Palandt, Art 343, Rn.1

Borçlunun ekonomik haklarını ve faaliyetlerini etkileyebilecek oranda aşırı cezaî şart içeren anlaşmanın ahlaka aykırılık sınırlarının çizilmesi, çoğu zaman zorluk arz etmektedir. Dolayısıyla aşırı cezaî şartın, uyarınca ahlaka veya kanunun emredici nitelikteki hükümlerine aykırı bulunarak kesin hükümsüz sayılmasına, mahkeme kararlarında nadir olarak rastlanabilecektir (*TBK m.27, ZGB⁶⁵⁶ m.27/2*)⁶⁵⁷. Bu nedenle de hâkime, özel bir hüküm yoluyla, salt cezaî şartın aşırı kararlaştırılmış olması haline özgü olarak, cezaî şartta indirim yapma yetkisi açıkça tanınmıştır. Bununla birlikte doktrinde, cezaî şart miktarını tarafların serbestçe belirleyebileceği kuralının, sözleşme serbestisinin sınırlarını belirleyen genel hükümlere bir istisna olup olmadığı konusu tartışılmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre, normal şartlarda cezaî şart, sözleşmenin borçlu tarafını ekonomik olarak mahva sürüklüyorsa veya sözleşmenin zayıf tarafını istismar edici oranda ise ahlaka aykırılık hükmünün ihlal edilmiş olduğu ifade edilebilecektir⁶⁵⁸. Dolayısıyla bu görüşe göre, cezaî şart anlaşmasının taraflarının cezaî şart miktarı tayinindeki serbestliği, kanunun emredici hükümleri ile ahlaka aykırılık sınırları çerçevesinde mümkündür. Eğer bu sınırlamalara uymayan miktarda cezaî şart kararlaştırılmışsa ve bu hüküm olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılmaktaysa, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz sayılacaktır. Aksi halde sadece cezaî şart hükmü geçersiz olacaktır⁶⁵⁹. Kısacası cezaî şartın borçluyu ekonomik olarak aşırı biçimde etkilemesi veya mahvına sebep olması halinde cezaî şart ahlaka aykırı kabul edilerek, kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutulabilecektir⁶⁶⁰. Bu noktada, cezaî şart miktarı aşırı ise genel hükümlere göre kısmen veya tamamen kesin hükümsüzlük yoluna gidilebilecekken, aşağıda incelenecek olan hâkime aşırı bulduğu cezaî şartı indirme yetkisi veren hükme kanunda özel olarak yer verilmesinin nedeni ve iki hükmün bir arada nasıl uygulanacağı sorusu akla gelmektedir.

Bu soru bağlamında doktrinde bir görüşe göre, kanunda indirime ilişkin hükme özel olarak yer verildiği için, artık borçlunun bu hüküm dışında aşırı miktarda

⁶⁵⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (*İsviçre Medeni Kanunu*), 10.12.1907.

⁶⁵⁷ Bentele, s.112.

⁶⁵⁸ Von Tuhr, Escher, s.284; Keller, Schöbi, s.78; Reck, s.116. Ayrıca karşı. Schoch, s.62-63.

⁶⁵⁹ Von Tuhr, Escher, s.284.

⁶⁶⁰ Von Tuhr, Escher, s.284.

belirlenen cezaî şarttan korunmak için başka bir yola başvuramayacağı izlenimi oluşmuştur. Ancak bu hükmün, sadece yargılama sırasında hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi yoluyla uygulama alanı bulacağına dikkat çekilmektedir. Bu müdahale için de hâkimin sadece genel hükümlerdeki kesin hükümsüzlük şartlarını değil, sözleşmenin süresi, ihlalin derecesi, kusur ve benzeri birçok ölçütü göz önünde bulundurması gerekecektir⁶⁶¹. Buna karşılık özellikle ekonomik mahva neden olabilecek miktarlardaki cezaî şart için, başka bir işleme gerek olmaksızın kısmen hükümsüz olduğu sonucuna her zaman varılabileceği savunulmaktadır⁶⁶². Belirtilmelidir ki cezaî şart miktarının yüksek tespit edilmesi her zaman ahlaka aykırı olduğu sonucu doğurmaz; ama taraf menfaatleri dikkate alınarak indirilmesi gerekebilir⁶⁶³. Dolayısıyla İsviçre Hukuku'nda bir ayırım yapılarak, ahlaka aykırılık oluşturmayacak oranda yüksek cezaî şart kararlaştırılması halinde, aşırı miktardaki cezaî şartın hâkim tarafından makul sınırlara indirilmesi hükmünün uygulanabileceği; aşırılığın oldukça fazla olup, ahlaka aykırılık oluşturması halinde ise genel hükümlerin devreye gireceği ifade edilmektedir⁶⁶⁴.

Alman Hukuku'nda savunulan bir görüşe göre, BGB m.343'deki cezaî şartta indirimle ilişkin düzenlemenin, ahlaka aykırılığa ilişkin m.138 ile dürüstlük kuralına ilişkin m.242'yi tamamladığı ve somutlaştırdığı savunulmaktadır⁶⁶⁵. Aksi görüşte olan yazarlar tarafından, salt cezaî şartın aşırı miktarda olması halinde ahlaka aykırılık yaptırımına başvurulamayacağı; ahlaka aykırılığın ancak diğer şartların da varlığı halinde sözleşmenin içeriğine, amacına yönelik bir hüküm olduğu ileri sürülmektedir⁶⁶⁶. Örneğin namusla alakalı cezaî şart, ekonomik gücün baskısının kullanılması ile kararlaştırılan cezaî şart, Aile Hukuku'ndan kaynaklanan haklara ilişkin cezaî şart ahlaka aykırılık denetimine tâbi olabilecektir⁶⁶⁷. Ayrıca cezaî şartın

⁶⁶¹ Reck, s.117.

⁶⁶² Reck, s.116; Von Tuhr, Escher, s.284.

⁶⁶³ Bentele, s.112; Bilge, s.117; Kocaağa, s.322.

⁶⁶⁴ Von Tuhr, Escher, s.284; Schoch, s.62. OR m.163/3'ün, OR m.19 veya benzer yöndeki özel düzenlemelerin uygulama alanına dokunmadan varlığını sürdürdüğü; örneğin OR m.227/h, 3'deki kanunî sınıra uygun cezaî şart kararlaştırılmasına rağmen OR m.163/3'e aykırılıktan söz edilebileceği ya da tam tersi bir durumun ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir. Bu görüş için bkz. Koller, §81, Rn. 36.

⁶⁶⁵ Soergel, Lindacher, Art 343, N.5.

⁶⁶⁶ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.8; Erman/Schaub, Art 343, Rn.1; Palandt, Art 343, Rn.1.

⁶⁶⁷ Erman/Schaub, Art 343, Rn.1; Palandt, Art 343, Rn.1

miktarının her zaman ahlaka aykırılık boyutunda yüksek sayılamayacağı dikkate alınarak, böyle hallerde de alacaklı ile borçlunun menfaatlerinin dengelenmesi ihtiyacı vardır. Tüm bu gerekçelerle cezaî şartın miktarı, ahlaka aykırılık denetimine değil, özel olarak getirilmiş hâkimin indirim yetkisi hükmüne tâbi olacaktır⁶⁶⁸. Zira BGB m.343'ün bu konuda özel bir hüküm olduğu savunulmaktadır⁶⁶⁹. Fakat alacaklının, sözleşmeye aykırı hareketin sonuçlarının, borçlunun ekonomik mahvına neden olabilecek orana ulaşana kadar bekledikten sonra cezaî şart talep etmesi gibi istisnai bazı hallerde, ahlaka aykırılık veya dürüstlük kuralının devreye girebileceği ifade edilmektedir⁶⁷⁰.

Türk Hukuku'nda ise tacirler bakımından Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen, cezaî şart miktarının aşırılığı halinde, hâkim tarafından makul miktara indirilemeyeceğine dair düzenlemenin varlığına rağmen, aşırı yararlanma (*gabin*) ya da ahlaka aykırı bir durum mevcutsa cezaî şartta indirim yapılabileceği kabul edilmektedir. Yani bu görüşe göre ahlaka aykırılık hükmüne, tacirler yönünden başvurulabilecektir⁶⁷¹. Fakat kanaatimizce, tacirleri ekonomik mahva sürükleyecek miktarda cezaî şart belirlenmesi halinde, ahlaka aykırılığa ilişkin TBK m.27/2 değil, hâkimin indirim yetkisine ilişkin TBK m.182/3 istisnaen uygulama alanı bulabilir. Buna karşılık tacir haricindeki taraflarca cezaî şart kararlaştırılması bakımından, TBK m.182/3 özel bir düzenleme olarak aşırı cezai şart halinde re'sen dikkate alınmalıdır⁶⁷².

Sözleşme özgürlüğüne getirilen söz konusu sınırlamanın, özel bir sınırlama olduğuna dair doktrinde iki gerekçe sunulmaktadır. Öncelikle kanunda yer alan ifadeye göre bu sınırlandırma sadece cezaî şartın aşırı belirlenmesi haline özel olarak getirilmiş bir sınırlandırmadır. Bu nedenle de sözleşme özgürlüğüne ilişkin genel

⁶⁶⁸ Palandt, **Kommentar**, s.571; Lohr, s.433; Bilge, s.117; Eren, s.1217.

⁶⁶⁹ Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.13; Lohr, s.433; Bilge, s.117.

⁶⁷⁰ MüKoBGB/ Gottwald, Art 339, Rn.45; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.14.

⁶⁷¹ Tekinay vd., s.356-357; Nomer, Rn.238.2. Bir görüş ise tacirler bakımından adalet ve hakkaniyete aykırı miktardaki cezaî şart için TBK m.27/2'nin ya da TBK m.182/3'ün uygulanabileceğini; fakat cezaî şart, karşı edim ile yüklenilmiş olmadığından borçlunun gabin hükümlerine (aşırı yararlanma) başvuramayacağını savunmaktadır. Bkz. Von Tuhr, Escher, s.284; Oğuzman, Öz, s.555; Eren, s.1217-1218. Borçlu tacir olsun olmasın cezaî şartın aşırılığına dayanılarak gabin hükümlerine başvurulamayacağı, zaten cezaî şartın indirilmesi hükmünün kanunda yer aldığı yönündeki görüş için bkz. Schoch, s.61; Bilge, s.114-115.

⁶⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. 1. Bölüm, X, B, 3, f.

sınırlandırmalardan ayrılmaktadır⁶⁷³. Özel bir sınırlandırma olduğunu gösteren ikinci gerekçe ise hâkimin aşırı cezaî şartı indirme yetkisinin ancak belirli bir zamandan sonra kullanılabilmesidir. Buna göre aşırı miktarda cezaî şart, sözleşme serbestisine ilişkin genel sınırlandırmalardan farklı olarak sözleşmenin kurulduğu anda ileri sürülememektedir. Buna karşılık asıl sözleşmenin ihlal edilmesi ile birlikte müdahale edilmesi mümkün hale gelmektedir⁶⁷⁴. Fakat unutulmamalıdır ki hâkime tanınan takdir yetkisi, TMK m.4 çerçevesinde cezaî şart miktarı adalet ve hakkaniyete açıkça aykırı olmadıkça, sözleşme serbestisi ilkesine müdahale imkânına dönüşmemelidir⁶⁷⁵.

Cezaî şartın aşırı belirlenmesi haline ilişkin olarak getirilen özel sınırlandırmanın bir diğer nedeni olarak ise cezaî şart anlaşmasının niteliği dolayısıyla, genel sınırlandırmaların bu anlaşmaya sadece sınırlı alanda uygulanabilmesi gösterilmektedir⁶⁷⁶. Örneğin borçlu, cezaî şartın miktarının tedbirsizlik, tecrübesizlik veya müzayakada bulunması nedeniyle her zaman aşırı belirlenmesi tehlikesi altında bulunabilecektir; çünkü borçlu, genellikle asıl sözleşmeyi ihlal edebileceğini önceden göz önünde bulundurmamaktadır⁶⁷⁷. Buna rağmen alacaklı, cezaî şart anlaşmasında çoğunlukla karşı edim yüklenmediği için, alacaklı ile borçlunun edimleri arasında açık bir oransızlık bulunduğundan söz edilemeyecektir (*TBK m.28*). Fakat cezaî şartın, aşırı miktarda belirlendiği tespit edilerek, indirim yapılabilecektir⁶⁷⁸. İsviçre’de Yüksek Mahkeme de ekonomik faaliyeti ilgilendiren durumlarda kişiliğin korunmasına ilişkin ZGB m.27/2 hükmünü, cezaî şarta çekingenlikle uygulamaktadır. Oysa ki indirim hükmüne cezaî şart aşırı bulunursa sıklıkla başvurulmaktadır⁶⁷⁹.

Cezaî şart anlaşmasının tarafları arasında, özellikle de iş sözleşmesinde işçi tarafında işverene karşı, ekonomik yönden çoğunlukla dengesizlik bulunmaktadır⁶⁸⁰.

⁶⁷³ Petitjean, s.111; Gauch, Schluep, Rey, Rn. 3946; Bentele, s.110.

⁶⁷⁴ Petitjean, s.111; Gauch, Schluep, Rey, Rn. 3955; Bentele, s.110.

⁶⁷⁵ Saymen, Elbir, s.557; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.141; Baycık, **Cezai Şart**, s.5. Ayrıca İsviçre Hukuku’nda bu yönde bkz. Von Tuhr, Escher, s.285; Oser, Schönenberger, Art. 163 OR, Rn.12.

⁶⁷⁶ Bentele, s.110.

⁶⁷⁷ Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.1; Lindacher, s.98; Petitjean, s.57; Bentele, s.112; Keller, Schöbi, s.114.

⁶⁷⁸ Erman/Schaub, Art 343, Rn.1 b.

⁶⁷⁹ Gauch, Schluep, Rey, Rn.663; Bentele, s.110.

⁶⁸⁰ Reck, s.117. Ayrıca bkz. Bentele, s.111; Peter Bohny, **Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot**, Basler Dissertation, Zürich, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 123, 1989s.154; Schoch, s.62; Bilge, s.117.

Nitekim borçlu, imza anında asıl sözleşmenin imzalanması sonucu daha büyük bir menfaate sahip olabileceğinden, miktar üzerinde düşünme gereksinimi duymayabilecektir. Hatta borçlunun çoğu zaman aşırı miktardaki cezaî şartı kabul etmekten başka çaresi dahi bulunmamaktadır⁶⁸¹. Yine toplu iş sözleşmesinde de genellikle cezaî şart miktarı belirlenmemekte ve bu nedenle de miktarın takdiri hakem kuruluna bırakılmaktadır. Bu da taraflar bakımından öngörülemezlik oluşturduğundan, önemli bir tehlike yaratmaktadır⁶⁸².

İşte sayılan bu nedenlerle kanun koyucu, genel hükümlerde yer alan sözleşme serbestisine dair sınırlamaların yanı sıra, cezaî şartın aşırı belirlenmesi haline özgü olarak hâkime indirim yapma yetkisini özel bir düzenleme ile getirmeyi uygun görmüştür. Bu düzenleme ile kanun koyucu, taraflar arasında menfaat dengesinin adil şekilde sağlanması ve ekonomik olarak nispeten güçsüz olan tarafın korunması adına aşırı cezaî şart bakımından ahde vefa ilkesine istisna getirmiştir⁶⁸³. Hâkimin aşırı miktardaki cezaî şartı indirim yetkisi, esasında sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlamadır. Keza bu hüküm yoluyla, tarafların serbestçe cezaî şart miktarı belirleme özgürlükleri sınırlandırılmaktadır⁶⁸⁴.

2. Hukuki Niteliği

Sözleşme kurulurken, tarafların kararlaştırdıkları cezaî şartın aşırı olması veya cezaî şart miktarı belirlenirken mevcut durumun geçen zamanla birlikte çeşitli nedenlerle değişmesi her zaman ihtimal dâhilindedir. Bu gibi nedenlerle hâkime TBK m.182/3 gereği aşırı gördüğü cezaî şartı re'sen indirme yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla hâkim, önüne gelen davada kanundan aldığı yetkiye dayanarak takdir hakkını kullanmak suretiyle, cezaî şartı indirim kararı verebilecektir⁶⁸⁵. Nitekim hâkimin, aşırı

⁶⁸¹ Gauch, Schluep, Schmid, Rn.622; Fischer, s.178; Bentele, s.112.

⁶⁸² Bu konuda bkz. Reck, s.118.

⁶⁸³ Bentele, s.109; Fischer, s.178; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.129-130; Hatemi, Gökyayla, s.384; Kocaağa, s.321-322; Günay, s.168 vd.; Hilal Gülseven, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.55-56.

⁶⁸⁴ Bentele, s.110.

⁶⁸⁵ Eren, s.1216. Hâkimin verdiği cezaî şartı indirim kararının hukuki niteliği konusunda doktrinde oldukça farklı görüşler ortaya konulmuştur. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, hâkimin indirim kararı bir yenilik doğuran hüküm niteliğini haizdir. Borçlunun açacağı inşai nitelikteki dava veya def'i yoluyla ileri sürdüğü talebi de yenilik doğuran bir haktır. Fakat tek başına yeterli değildir. Hâkimin bu

gördüğü cezaî şartı re'sen indirme yetkisine sahip olması dolayısıyla borçlu, aşırı miktarda belirlenen cezaî şartın varlığı halinde, cezaî şart anlaşmasından miktar yönünden sınırlı kapsamda sorumludur⁶⁸⁶.

Hâkime indirim yetkisi veren bu hüküm, taraflar arasındaki dengeyi sağlaması ve sözleşmenin daha zayıf olan tarafını koruması gibi amaçlara sahip olması dolayısıyla kamu düzeni gereği emredici bir hükümdür. Dolayısıyla taraflar, hükmün aksini kararlaştıramazlar. Ayrıca borçlu tarafından, indirim talep etme yetkisinden cezaî şart muaccel olmadan önce feragat edilemez⁶⁸⁷. İsviçre Hukuku'nda da OR m.163/3'ün mutlak emredici hüküm olduğu ve kamu düzeni gereği borçlunun cezaî şartın indirilmesi hakkından feragat edemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁸⁸. Kanaatimizce hukukumuz bakımından da mehzaz İsviçre Kanunu için ileri sürülen gerekçelerle TBK m.182/3 mutlak emredici nitelikte bir hükümdür.

Hâkimin aşırı cezaî şartı indirime yetkisi, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu bakımından doktrinde, lafza göre yorum ve amaca göre yorum olmak üzere farklı

yönde karar vermesi gerekir. Bu görüş için bkz. Hatemi, Gökyayla, s.384-385. Hâkimin, aşırı miktarda cezaî şartın indirilmesine yönelik kararını yenilik doğuran nitelikte bir hüküm sayan benzer yöndeki görüş taraftarları, ek olarak bu hükmün geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğuracağını belirtmektedirler. Yani cezaî şart başlangıçtan itibaren hâkim tarafından indirilen miktarda kararlaştırılmış sayılmaktadır. Bkz. Becker, Art 163 OR, N.20; Von Tuhr, Escher, s.285; Eren, s.1218. Hâkimin cezaî şartı indirme yetkisinin hukuki niteliğini kısmi hükümsüzlük yaptırımı ile açıklayan başka bir görüş de vardır. Bu görüşteki yazarlar, aşırı miktardaki cezaî şartın, kanunun emredici hükümlerine veya ahlaka aykırı olduğunu, dolayısıyla TBK m.27 uyarınca hükümsüz olduğunu ileri sürmektedirler. Hâkim adalet ve hakkaniyet çerçevesinde cezaî şartın üst sınırını takdir edecek ve daha sonra hükümsüz saydığı kayıt yerine yine takdir hakkını kullanarak uygun bir sınır belirleyerek, cezaî şartı bu sınıra indirecektir. Bkz. Nurullah Kunter, "Ödendikten Sonra da Azaltılabilmeleri Bakımından Fahiş Cezaî Şartlar", **Adliye Ceridesi**, 1940, Y.3, S.11, s.982; Hatemi, s.236; Başpınar, s.157-158. Bir görüşe göre ise hâkimin indirim yetkisi, bir tür değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüktür. Bkz. Nomer, Rn.238. İsviçre'de geçmiş zamanda ileri sürülen fakat benimsenmeyen başka bir görüşe göre ise aşırı cezaî şartın indirilmesi yetkisi iptal yaptırımı ile ilişkilidir. Borçlu, iptal hakkını kullanınca cezaî şartın miktar olarak aşırı bulunan kısmı geriye etkili olarak kısmen iptal edilmiş olur. Dolayısıyla mahkemece aşırı kabul edilen kısım borçlanılmamış sayılır. Bu görüş için bkz. Eduard Hölder, "Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe", **Das Recht**, 1900, s.161 vd. Bu konuda İsviçre'de ileri sürülen ve yine taraftar bulamayan bir görüşe göre ise cezaî şartın indirilmesi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanır. Nitekim cezaî şart aşırı olduğu ölçüde, alacaklı haklı bir nedene dayanmaksızın borçluya karşı sebepsiz zenginleşmiş olmaktadır. Bu nedenle borçlu, hâkimden zenginleşmenin tespitini ve miktarın makul hale getirilmesini istemektedir. Bu görüş için bkz. Reichel, s.35. Son olarak buradaki yaptırımın ne kesin hükümsüzlük ne de iptal yaptırımının tüm özelliklerini taşıdığı, dolayısıyla ikisi arasında ortalama bir yaptırım olduğu görüşü için bkz. Günay, s.178.

⁶⁸⁶ Bentele, s.109; Koller, §81, Rn. 36; Eren, s.1216.

⁶⁸⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.2; Oser, Schönenberger, Art. 163 OR, Rn.17; Palandt, Art 343, Rn.3; Erman/Schaub, Art 343, Rn.7; Soergel, Lindacher, Art 343, Rn.2; Von Tuhr, Escher, s.286.

⁶⁸⁸ Becker, OR 163, N.21; Reck, s.120; Von Tuhr, Escher, s.285; Bentele, s.126-127; Schoch, s.70.

şekillerde yorumlanmaktadır. Dolayısıyla da her bir yoruma göre farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Türk Hukuku'nda da mehz Kanun ile aynı yönde hüküm yer aldığından, bu teorik tartışma dikkate değer olduğundan kısaca değinilecektir.

Bu yorumlardan ilki, hükmün lafzına dayalı yorumdur. Bu yoruma göre, hâkim aşırı cezaî şartın varlığı halinde sözleşmeye müdahale etme yetkisine sahiptir. Hâkim, kanunun kendisine tanıdığı müdahale etme yetkisini kullanarak inşai bir karar tesis edip, aşırı cezaî şartı makul sınırlara çekebilecektir. Böylelikle sözleşme kurulurken mevcut hukuki durum, hâkimin verdiği kararın kesinleşmesi ile birlikte değişmektedir. Bu yorumdan çıkan sonuç ise hâkim kararı kesinleşene kadar aşırı miktarda cezaî şart içeren anlaşmanın geçerliliğini koruyacağıdır⁶⁸⁹. Bu görüşte olan bir grup yazar, bir noktada farklı yorum yaparak, hâkimin verdiği inşai kararın geriye etkili olduğunu ve bu nedenle indirim yapılan cezaî şartın başlangıçtan itibaren geçerli sayılacağını ileri sürmektedir⁶⁹⁰.

Diğer yorum ise amaca göre yapılan yorumdur. Buna göre aşırı cezaî şart içeren anlaşma başlangıçtan itibaren geçerli değildir, çünkü hem emredici hükümlere aykırılık içermektedir hem de içerik bakımından genel hükümlere aykırıdır (*TBK m.27, OR m.19, OR m.20*). Geçersiz olan kısım, hükmün niteliğinin emredici olması dolayısıyla kendiliğinden değişmektedir. Bu durumda hâkim, sadece takdir ettiği cezaî şart miktarını açıklayıcı bir kararla tespit etmekle yükümlüdür⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ Bu yorum için bkz. Petitjean, s.136.

⁶⁹⁰ Erman/Schaub, Art 343, Rn.6; Becker, OR 163, N.20; Schoch, s.70; Von Tuhr, Escher, s.285.

⁶⁹¹ Bu yorum için bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rn.714; Bucher, s.266; Tandoğan, s.109; Bentele, s.51-52 ve 124. Bentele, amaca göre yorumu tercih etmekte ve hatta hükmün başlığının “*indirim yetkisi*” olmasını eleştirerek “*uygun miktarın belirlenmesi*” olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Bentele, s.124. Lafza göre yorum yerine amaca göre yorumu tercih eden aynı yazar, bunun nedeni olarak üç farklı gerekçe sunmaktadır. Birincisi, amaca göre yorum yoluyla borçlunun başından itibaren aşırı cezaî şartı ifa etmekle yükümlü olmadığı kabul edildiği için, kendisine daha iyi güvence sağlanmaktadır. İkinci gerekçe olarak, amaca göre yorumun mevcut hukuki durumu daha aydınlatıcı olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre amaca göre yorum tercih edildiğinde, borçlunun hâkimin kararından önce aşırı cezaî şartı ödemesi halinde aşkın kısmı daha sonra isteyip isteyemeyeceği sorunu ortadan kalkmaktadır. Zira aşırı cezaî şart içeren anlaşma, baştan itibaren geçersiz olduğundan verilen edim hukuki bir temele dayanmamaktadır. Bu nedenle hâkimin indirim yetkisine ilişkin hükmün şartları gerçekleşmişse, uygun miktardan fazla ödenen kısım geri talep edilebilecektir. Son bir gerekçeye göre ise, amaca göre yorum yoluyla cezaî şart miktarı kanunun emredici hükümlerine aykırılıktan dolayı geçersiz kabul edildiği için, hâkimin geçerli bir sözleşmenin içeriğine müdahale etmesine zarar vermemiş olmaktadır. Bu değerlendirme için bkz. Bentele, s.124-126. Aynı yönde bkz. Gauch, Schluep, Schmid, Rn.681; Oser, Schönenberger, Art 20, N.61. Buna karşılık doktrinde diğer görüş ise kendi isteğiyle bu ödemeyi yapan borçlunun, aşkın kısmı

3. Hâkimin Aşırı Cezaî Şartı İndirme Yetkisini Kullanması

a. Genel Olarak

Aşırı miktarda cezaî şart kararlaştırılmış olması halinde hâkimin indirim yetkisini kullanabilmesi için öncelikle cezaî şart anlaşmasının taraflarınca cezaî şarta ilişkin bir dava açılmış olması gerekir; zira hâkim bu yetkisini ancak yargılama sırasında kullanabilecektir⁶⁹².

Türk Borçlar Kanunu, aşırı cezaî şartta indirim yapma yetkisini hâkimin takdirine bırakmıştır. Bu nedenle cezaî şartta indirime gidilebilmesi için borçlunun talebine gerek olup olmadığı konusundaki mülga Kanun döneminde yapılan tartışma, kanunun açık hükmü karşısında bugün için önemini yitirmiştir⁶⁹³. Dolayısıyla hâkimin cezaî şartı indirme yetkisini kullanması için tarafların talebi ile bağlı olmadığını veya tarafların talebinin bulunması gerekmediğini, hâkimin bu konuda re'sen karar verebileceğini ifade edebiliriz⁶⁹⁴. Nitekim bu husus, hükmün lafzından da

artık talep edemeyeceğini savunmaktadır. Bu yönde bkz. Becker, OR 163, N.22; Keller, Schöbi, s.115; Von Tuhr, Escher, s.285.

⁶⁹² Reck, s.120. Alman Hukuku'nda hâkimin cezaî şartın miktarı hakkında karar verebilmesi için illa inşai bir dava açılmasının gerekmediği, eda davası ya da borçlunun açtığı olumsuz tespit davasında da takdir yetkisini kullanabileceği kabul edilmektedir. Bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.1; Schellhammer, Rn.1498. Borçlu, aşırı olduğunu düşündüğü cezaî şartın indirilmesi talebini, tespit davası açarak, alacaklının açtığı ifa davasına karşı dava açarak veya def'i olarak ileri sürebilecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi, Gökyayla, s.385; Günay, s.197-198.

⁶⁹³ 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde yapılan söz konusu tartışma ve ileri sürülen görüşlerden borçlunun talebini arayan görüş için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.151 vd.; aynı yazar, **TBK**, s.887. İsviçre Hukuku için bkz. Bucher, s.532. Bu dönemde de borçlunun talebine gerek olmaksızın hâkimin re'sen indirim yetkisini kullanabileceği görüşü için bkz. Von Tuhr, Escher, s.770-771; Saymen, Elbir, s.844; Feyzioğlu, s.403; Günay, s.197; Kadir Arıcı, "Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, Haziran 1997, s.40; Karagöz, s.54.

⁶⁹⁴ Buz, s.17; Baycık, **Cezai Şart**, s.6; Keser, s.26. Aynı husus İsviçre Hukuku'nda da sözleşmenin zayıf tarafının korunmasının sağlanması adına geçerli kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Schoch, s.68-69; Becker, Art 163, N.21; Von Tuhr, Escher, s.285; Koller, §81, Rn. 42; Reck, s.120. Aksi yönde bkz. Bucher, s.532. Yargıtay da kararlarında hâkimin re'sen indirim yetkisi olduğuna dikkat çekmektedir: "...Ticari olmayan işlemlerde bu kuraldan dolayı borçlu ileri sürmese bile, hâkim cezaî şarttan indirim yapıp yapılmayacağını doğrudan görevinden ötürü saptamalıdır. Öte yandan TTK'nun 22 (eski 24.) maddesi gereğince tacir sıfatını haiz borçlu cezaî şartın indirilmesini isteyemez ise de, kararlaştırılan ceza tutarı borçlunun iktisaden sarsılmasını, çöküntüye uğramasını mucip olacak ise indirim isteyebileceği uygulamada kabul edilmektedir..." Bu karar için bkz. Y.3.HD., T. 5.12.2017, E. 2017/15056, K. 2017/17040, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 01.10.2018. Benzer yönde bkz. Y.6.HD., T.17.02.2016, E.2015/4735 K.2016/1050, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 01.10.2018. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, doktrindeki aksi görüşe rağmen, 818 sayılı Borçlar Kanunu'na tâbi bir uyumsuzlukta, borçlunun talebi olmaksızın hâkimin re'sen indirim yetkisi olduğu şeklinde hüküm kurmuştur. "...Kural olarak, taraflar cezaî şart miktarını tayinde serbesttirler. Ancak, kararlaştırılan cezaî şartın borçlu üzerinde adalete aykırı sonuçlar doğurmaması da gerekir. 818 S. BK'nun 161/3.

anlaşılmaktadır⁶⁹⁵. İsviçre Hukuku'nda da hâkimin, borçlunun talebi gerekmezsizin re'sen indirim kararı verebileceği ifade edilmektedir⁶⁹⁶.

Alman Hukuku'nda ise Türk ve İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak, BGB m.343'de açıkça hâkimin indirim yetkisi borçlunun talebine bağlı tutulmuştur. Bu nedenle hâkim re'sen indirim yapamayacaktır⁶⁹⁷. Buna rağmen bu talebin, dava dilekçesinde illa açıkça yer alması gerekmediği, cezaî şartta indirim talebinin amaçlandığının dilekçeden anlaşılmasının yeterli olduğu savunulmaktadır⁶⁹⁸. Ayrıca cezaî şart miktarında indirim talebi herhangi bir şekil şartına da tâbi tutulmamıştır⁶⁹⁹. Borçlu indirim talebini, genellikle alacaklının cezaî şart talebi ile açtığı davada ileri sürmektedir. Buna karşılık borçlunun başvurusunda, ne kadar indirim yapılmasını talep ettiğini belirtmesine gerek yoktur⁷⁰⁰. Buna bağlı olarak da cezaî şart talep hakkı ortaya çıktıktan sonra borçlu tarafından indirimden feragat edilmesi geçerli sayılmaktadır⁷⁰¹. Ancak cezaî şartta indirim talep hakkı sadece cezaî şart muaccel olduktan sonra mümkündür. Daha önce aşırılığın tespiti için açılan dava dahi geçerli kabul edilmemektedir⁷⁰². Alman Hukuku'nda cezaî şart miktarının denetiminin ve indirimin, tahkim yoluyla yapılabileceği de kabul edilmektedir⁷⁰³.

b. Hâkimin İndirim Yetkisini Kullanması İçin Gerekli Şartlar

Hâkimin indirim yetkisini kullanabilmesinin ön şartı, cezaî şart anlaşmasının geçerli olmasıdır⁷⁰⁴. Eğer asıl sözleşmenin geçersiz olması sonucu cezaî şart da fer'i

maddesi hükmü uyarınca, hâkim fahiş gördüğü cezaları indirmekle yükümlüdür. Bu hüküm, emredici nitelikte olduğundan hâkim tarafından re'sen gözetilmelidir; borçlunun bu yolda bir talebinin bulunması aranmaz. Ancak, cezaî şart ödenmişse, hâkim bunu daha sonra indiremez..." Bu karar için bkz. Y.HGK., T. 15.10.2014, E. 2013/1108, K. 2014/768, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 01.10.2018.

⁶⁹⁵ Oğuzman, Öz, s.554; Eren, s.1218; Nomer, Rn.238.

⁶⁹⁶ Becker, OR 163, N.21; Reck, s.120; Von Tuhr, Escher, s.285; Bentele, s.126-127; Schoch, s.70.

⁶⁹⁷ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.12; Palandt, Art 343, Rn.5; Erman/Schaub, Art 343, Rn.6.

⁶⁹⁸ Lohr, s.435.

⁶⁹⁹ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.12; Palandt, Art 343, Rn.5; Erman/Schaub, Art 343, Rn.6; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.10; Soergel, Lindacher, Art 343, N.8.

⁷⁰⁰ Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.10; Soergel, Lindacher, Art 343, N.8.

⁷⁰¹ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.12; Palandt, Art 343, Rn.3.

⁷⁰² MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.15; Palandt, Art 343, Rn.5; Erman/Schaub, Art 343, Rn.6; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.3.

⁷⁰³ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.14; Soergel, Lindacher, Art 343, N.11.

⁷⁰⁴ Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.6; Eren, s.1216; Çınar, s.95; Gülseven, s.86. İsviçre Hukuku'nda hâkime tanınan aşırı miktardaki cezaî şartı indirme yetkisinin salt cezaî şarta ilişkin olduğu,

niteliği dolayısıyla geçersizse hâkimin indirim yetkisinden de söz edilemeyecektir⁷⁰⁵. Aynı şekilde cezaî şart anlaşması kanunda yer alan emredici bir hükme veya ahlaka aykırı ise geçersiz olacağından, indirim yapılmasından söz edilemeyecektir⁷⁰⁶. Belirtilmelidir ki hâkim, cezaî şartın aşırı olup olmadığını takdir etme yetkisine sahiptir. Fakat miktarı aşırı bulursa, kanunun lafzı da dikkate alındığında, indirim yapıp yapmamakta serbest değildir⁷⁰⁷.

Hâkimin aşırı gördüğü cezaî şartı indirme yetkisini kullanabilmesi için aranan diğer şart, cezaî şart ödeme borcunun muaccel hale gelmesi ve talep edilebilirliğinin sürmesidir. Borçlu tarafından asıl borç henüz ihlal edilmeden ve alacaklı için bağımsız bir edim olarak cezaî şart talep etme hakkı doğmadan, hâkimden cezaî şart indirimi talep edilemeyeceği gibi, hâkim de kendiliğinden bu yetkisini kullanamayacaktır⁷⁰⁸.

Cezaî şartta indirim yapılmasının son şartı ise kuşkusuz cezaî şartın aşırı derecede yüksek olmasıdır. Bu şart, önemi nedeniyle ayrı bir başlık altında inceleme konusu yapılmıştır⁷⁰⁹.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda borçlu tarafından cezaî şartın aşırı olduğunun ileri sürülmesi halinde, aşırılığın ispatının borçluya ait olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla borçlu, sözleşme ihlali nedeniyle ortaya çıkan zarar bakımından kusuru olmadığının yanı sıra, sözleşmede belirlenen cezaî şart miktarının alacaklı menfaati ile uygun düşmediğini ispat yükü altındadır⁷¹⁰.

diğer benzer hukuki kurumlara uygulanmasının kabul edilemeyeceği; dolayısıyla sözleşmede yer alan hükmün gerçekten cezaî şart olup olmadığının tespitin büyük önemi haiz olduğu ifade edilmektedir. Fakat gerçek olmayan cezaî şartın, fer'i niteliği olmaması nedeniyle cezaî şarttan farklı kabul edilmesine rağmen, aralarındaki benzerlikler dikkate alınarak OR m.163/3'ün bu hukuki kuruma da istisnai olarak uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bu görüş için bkz. Schoch, s.71.

⁷⁰⁵ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.8; Palandt, Art 343, Rn.4; Erman/Schaub, Art 343, Rn.1; Schellhammer, Rn.1498; Tunçomağ, **TBK**, s.883; Eren, s.1216; Karagöz, s.51.

⁷⁰⁶ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.8; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.142.

⁷⁰⁷ Becker, Art 163 OR, N.21; Buz, s.16-17; Baycık, **Cezai Şart**, s.4-5.

⁷⁰⁸ Bentele, s.122; Scherrer, s.24; Oğuzman, Öz, s.554; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.144; Eren, s.1216; Çınar, s.99. Alman Hukuku'nda benzer yönde bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.8; Erman/Schaub, Art 343, Rn.6; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.3; Schellhammer, Rn.1498.

⁷⁰⁹ Bkz. 1. Bölüm, X, B, 3, c.

⁷¹⁰ Schoch, s.70-71; Günay, s.198-199.

c. Cezaî Şart Miktarının Aşırılığı ve Tespiti

Türk Borçlar Kanunu m.182/3, sadece cezaî şartın aşırı belirlenmesi haline ilişkin olarak getirilen bir hükümdür. Bu durumda cezaî şart miktarının “aşırı” olması ile kastedilenin ne olduğu sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Cezaî şart miktarının uygun sınırlarının tespit edilmesi halinde, aşırı olması ile kast edilenin ne olduğu da rahatlıkla ortaya konulabilecektir.

Cezaî şartın miktarının aşırılığına ilişkin ölçüt olarak sadece taksitle satış ile ön ödemeli taksitle satış için kanunda açık düzenleme getirilmiştir. Bu husus TBK m.260/2’de, taksitli satışlar için alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi halinde, kararlaştırılan cezaî şartın peşin satış bedelinin yüzde onunu aşamayacağı düzenlemesi ile vücut bulmuştur. TBK m.271/3’de ise ön ödemeli taksitle satışlara ilişkin olarak, bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde, alıcının temerrüde düşmesi haline yönelik cezaî şart kararlaştırılmış ise miktarının satış bedelinin yüzde onunu geçemeyeceğine yer verilmiştir. Hukukumuzda cezaî şartın aşırılığının ne olduğu sorusuna yanıt veren başka bir düzenleme ise mevcut değildir.

Mehaz OR m.226/i ve m.227/h, 3’de kanun koyucu tarafından, doğrudan ve açıkça cezaî şart miktarına ilişkin uygun bir sınır belirlenmiştir. Buna göre cezaî şart, bu düzenlemeler kapsamında satış fiyatının %10’nunu geçemeyecektir. Dolayısıyla satış fiyatının %10’nu aşan bir cezaî şart belirlenmesi halinde cezaî şart miktarının aşırı olduğu sonucu doğmaktadır⁷¹¹. İsviçre Hukuku’nda da Türk Hukuku’nda olduğu gibi, söz konusu açık sınırlama dışında, kanunda yer alan “aşırı miktarda cezaî şart” ifadesinden anlaşılması gerekenin ne olduğuna dair açıklayıcı başka bir hüküm yoktur. Bu durumda “*intra legem*” bir kanun boşluğu olduğu ifade edilmektedir⁷¹². Zira kanun koyucu cezaî şartın miktarının kapsamına dair genel bir hüküm getirmeyerek, uygun miktarda cezaî şart ve buna bağlı olarak aşırı miktarda cezaî şart tespitini hâkimin takdirine bırakmıştır⁷¹³. Açıktır ki kanun koyucunun her somut olaya uygun bir cezaî

⁷¹¹ İsviçre Hukuku’nda cezaî şart miktarına ilişkin söz konusu kanuni sınırlama için bkz. Gauch, Schluep, Rey, Rn.3950; Koller, §81, Rn. 35; Bentele, s.113.

⁷¹² Lindacher, s.109; Bentele, s.113; Kocağa, s.339.

⁷¹³ Gauch, Schluep, Rey, Rn.3946; Schoch, s.64; Bentele, s.113-114. Türk Hukuku’nda aynı yönde bkz. Gülseven, s.94; Kocağa, s.339.

şart üst sınırı çizmesinin beklenmesi de çok gerçekçi olmayacaktır. Dolayısıyla kanun koyucu, hâkimin takdir hakkını kullanması için de herhangi bir ölçüt getirmemiştir. Hâkim, her somut olayın özelliklerini ele alırken, adalet ve hakkaniyet sınırlarında kalarak, cezaî şartın aşırı olup olmadığını takdir etmelidir⁷¹⁴.

d. İfa Edilmiş Cezaî Şartın İndirilmesi Sorunu

Hâkimin cezaî şartı indirim yetkisini kullanması için doktrinde görüş birliğine varılamayan bir konu olarak, daha önce ifa edilmiş aşırı miktardaki cezaî şarta hâkimin müdahalesinin ele alınması önemi haizdir. Esasen uygulamada borçlunun aşırı bulduğu cezaî şartı herhangi bir itiraz da bulunmaksızın ödemesi ile karşılaşılması düşük bir ihtimaldir⁷¹⁵. Yine de bu konunun, doktrinde çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasına neden olduğu da belirtilmelidir.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda alacaklıya ödenmiş olan cezaî şartta indirim talep edilmesi konusunda herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen, Alman Hukuku'nda BGB m.343'de açıkça cezaî şart ödenmişse indirim talep edilemeyeceğine yer verilmiştir. Dolayısıyla Almanya'da, cezaî şartın indirilebilmesi için ifa edilmemiş olması bir şarttır. Kanunda bu düzenlemeye, borçlu kendi isteği ile tüm cezaî şartı ödememiş olsaydı, belki de cezaî şart miktarı bu kadar aşırı hale gelmeyecekti düşüncesinden hareketle yer verilmiştir⁷¹⁶. Her ne kadar cezaî şart ifa edildikten sonra hâkimin indirim yetkisinin mümkün olmaması gerektiği kanunda yer almaktaysa da, katlanılamaz derecede yüksek bir cezaî şart belirlenmesi halinde, dürüstlük kuralının sınır oluşturacağına dikkat çekilmektedir. Dürüstlük kuralına aykırılık oluşturan cezaî şartın makul sınıra kadar indirilmese de katlanabilir sınıra indirilebileceği belirtilmektedir⁷¹⁷. Yine alacaklı, ifaya eklenen cezaî şart halinde, çekince ileri sürmeksizin gereği gibi ifa edilmemiş edimi kabul ederse, cezaî şart talep hakkını

⁷¹⁴ Bentele, s.114; Scherrer, s.26; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.144; Kocaağa, s.339-340.

⁷¹⁵ Tunçomağ, yargı kararlarında da bu konuda bir uyuşmazlığa rastlanmadığına dikkat çekmektedir. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.154.

⁷¹⁶ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.16.

⁷¹⁷ Schellhammer, Rn.1499. Yine borçlunun indirim talebini saklı tutarak cezaî şart ödemesi ya da alacaklının cezaî şartı takas etmesi halinde indirim talebinin sona ermeyeceği ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.16; Palandt, Art 343, Rn.5; Erman/Schaub, Art 343, Rn.6 a; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.5.

kaybedeceğinden indirim talep etme hakkını da kaybedecektir⁷¹⁸. Buna karşılık cezaî şart anlaşması geçerli olmamasına rağmen ödenmişse veya cezaî şart ödendikten sonra üst mahkeme tarafından geçerli olmadığına karar verilirse, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereği geri talep edilebileceği kabul edilmektedir (*BGB m.812*)⁷¹⁹.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda ise bu konuda hüküm olmaması gerekçesiyle, doktrinde ifa edilmiş cezaî şarttan indirim yapılabileceğini savunan yazarlar⁷²⁰ olduğu gibi, bunun mümkün olamayacağını çeşitli gerekçelere dayanarak ortaya koyan yazarlar⁷²¹ da vardır. Cezaî şart ifa edildikten sonra, indirilmesinin mümkün olduğu görüşünü savunan yazarlar, çeşitli gerekçelere dayanmaktadırlar. Bir gerekçeye göre, TBK'da böyle bir açık hüküm zaten vardır. Kısmi ifalara ilişkin TBK m.181/1, böyle bir hali düzenlemektedir. Ayrıca aşırı cezaî şart, kanuna veya ahlaka aykırılık oluşturduğundan kesin hükümsüz sayılacaktır. Dolayısıyla taraflar, bu sözleşmeye ödeme yaparak dahi geçerlilik tanıyamazlar. Cezaî şartın ifa edilmesi, kesin hükümsüzlüğün tespitini isteme hakkından feragat etme sonucu da doğurmaz⁷²². İndirim yapılmasını kabul eden diğer bir görüşe göre ise cezaî şart ifa edildikten sonra borçlunun indirim istemesine bir engel yoktur; fakat hâkim, bu talebi borçlunun ekonomik gücünü dikkate alarak daha büyük çekingenlikle incelemelidir⁷²³.

⁷¹⁸ Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.4; Soergel, Lindacher, Art 343, N.9; Koller, §81, Rn. 44.

⁷¹⁹ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.10.

⁷²⁰ İsviçre Hukuku'nda bu görüşte bkz. Oser, Schöenberger, Art 163 OR, Rn.17; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3957. Türk Hukuku'nda bu görüşte bkz. Tekinay vd., s.356; Kunter, s.971 vd.; Hatemi, Gökyayla, s.385; Kocağa, s.362-363. İstisnai hallerde ifa edilmesinden sonra indirim talep edilebileceği yönünde bkz. Santoro, s.111; Karagöz, s.51-52.

⁷²¹ İsviçre Hukuku'nda bu görüşte bkz. Keller, Schöbi, s.115; Von Tuhr, Escher, s.285; Becker, Art 163, N.22. Türk Hukuku'nda bu görüşte bkz. Oğuzman, Öz, s.554; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.155 vd.; aynı yazar, **TBK**, s.884; Bilge, s.199-120; Eren, s.1217. Ayrıca bkz. Ekinci, s.362; Çınar, s.99-100.

⁷²² Kunter, s.971 vd. Tunçomağ, ilk gerekçeyi isabetsiz bulmaktadır. Yazara göre, kısmi ödemelerin dönme durumunda alacaklıya kalmasına ilişkin sözleşmelerin cezaî şarta ilişkin hükümlere tâbi tutulmasının esas nedeni, cezaî şarttakine benzer tehlikeye düşmüş olan borçlunun korunması ihtiyacıdır. Dolayısıyla bu hükmü cezaî şartın bir uygulama hali olarak göstermek isabetsizdir. Ayrıca yazar, kesin hükümsüzlük gerekçesini de eleştirmektedir. Zira aşırı cezaî şart kararlaştırılması her zaman ahlaka aykırılık oluşturmamaktadır. Kaldı ki ahlaka aykırı miktarda olduğu kabul edilse bile bunun yaptırımı TBK m.27'de yer almaktadır, TBK m.182/3'de değil. Bu eleştiri için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.154-155.

⁷²³ Oser, Schöenberger, Art 163, N.17; Tekinay vd., s.356. Benzer bir görüşe göre de cezaî şartın aşırı olduğu iddiası gerek ödenmeden önce gerekse ödendikten sonra ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte cezaî şart ödendikten sonra aşırılığın tespitinde daha titiz olunmalıdır. Bkz. Hatemi, Gökyayla, s.385. Reck ise bir ayrım yapmaktadır. Eğer borçlu aşırı olduğunu bilerek cezaî şartı yerine getirdiyse artık hâkimin ifa edilen cezaî şartı indirmesi de kabul edilmemelidir. Fakat cezaî şart bir aldatma sonucu ya da örneğin aralarındaki ilişkide borçlunun alacaklıya bağımlı oluşu nedeniyle aşırı belirlendiyse,

Cezaî şartın ifa edilmiş olması halinde aşırı olduğuna dayanarak indirim yapılmasını reddeden görüşün dayandığı gerekçeler ise iki temel nokta üzerinde toplanmaktadır: Borçlunun, cezaî şartı ifa etmesi halinde ekonomik durumunun sarsılmayacağını kabul etmiş olduğu ve alacaklının bu hukuki işleme olan güveni.

Bu iki temel noktadan hareketle ilk gerekçeye göre, borçlu cezaî şartı ifa ettiyse ekonomik durumunun bu miktarı ödemeye uygun olduğu ve dolayısıyla ekonomik geleceğini kısıtlayacak veya tehlikeye düşürecek düzeyde olmadığını kabul etmiş olmaktadır. Bu nedenle ödediği miktarın ahlaka aykırı olduğundan da söz edilemeyecektir⁷²⁴.

İkinci temel gerekçe ise konuya alacaklı yönünden yaklaşmaktadır. Ödenmiş olan cezaî şartın aşırı olduğu gerekçesiyle indirilmesi kabul edilirse, alacaklı zamanaşımı sonuna kadar sürekli olarak cezaî şartın bir kısmını iade etme tehdidi altında güvensiz bir duruma sürüklenecektir. Bu durum hem iş hayatı bakımından uygulamada sorun yaratabilecek hem de hukuki işlemlerde güvenin korunması ilkesine aykırı olacaktır⁷²⁵. Bu nedenle borçlunun ekonomik olarak sözleşmenin zayıf tarafı olabileceği nedeniyle korunması ihtiyacının yanı sıra, alacaklının da kendisine ödenen cezaî şartın sonradan aşırı bulunarak indirilmesi korkusundan arındırılması gerekmektedir. Cezaî şartın kısmen ödenmesi halleri ise saklı tutulmuştur⁷²⁶. Bunun yanı sıra ifanın, cezaî şart ödeme borcunu sona erdirdiği ve dolayısıyla borçlunun, indirim talebinden vazgeçmiş olduğu anlamına geldiği de belirtilmektedir⁷²⁷. Buna

hâkimin ifadan sonra da indirim yapma yetkisi olduğu ifade edilebilecektir. Bu sonuç, borçlunun ödeme yapıldıktan sonra cezaî şartın aşırı miktarda olduğunu fark etmesi hali için de geçerlidir. Bu görüş için bkz. Reck, s.121. Benzer yönde bkz. Scherrer, s.25. Yine bir başka yazar, TBK m.182/3'ün emredici niteliğinden hareketle, borçlunun cezaî şartı ödemiş olsa bile aşırı cezaî şartın indirilmesinden feragat etmesinin mümkün olmayacağını savunmaktadır. Kaldı ki bu yazara göre, aşırılığın takdiri ve indirim yetkisi hâkimdedir. Bu nedenle cezaî şartın istenerek ödenmiş olması dolayısıyla miktar yönünden aşırı olmadığı şeklinde yorumlanması isabetsiz olacaktır. Bkz. Kocaağa, s.362.-363

⁷²⁴ Bentele, s.112; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.156; Ateş, s.268; Çınar, s.99. Borçlu, bu miktarı kendi isteği ile ödemişse, ekonomik durumunu sarsmayacağını da kabul etmiş demektir. Bkz. Oğuzman, Öz, s.554.

⁷²⁵ Becker, Art 163 OR, N.22; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.156; Bilge, s.119-120. Bunun yanında kanun isteseydi ödenmiş olan cezaî şartın indirilmesi için gabin de olduğu gibi bir süre sınırı koyardı. Böyle bir sınır getirmediğine göre, alacaklıyı hukuken güvensiz bir duruma sokacak yorum yapılmamalıdır. Bkz. Becker, Art 163 OR, N.22; Von Tuhr, Escher, s.285.

⁷²⁶ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.16; Von Tuhr, Escher, s.285; Schoch, s.69-70; Schellhammer, Rn.1499; Oğuzman, Öz, s.554; Keser, s.26. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.154 vd.; Tunçomağ, **TBK**, s.884.

⁷²⁷ Eren, s.1217; Günay, s.181. Ayrıca borçlu kendi iradesi ile cezaî şartı ödediği için indirilmesinden feragat etmiş sayılır. Cezaî şartın indirilmesinden feragat, bu hak doğmadan önce mümkün değildir;

karşılık doktrinde bazı yazarlarca, sınırlı hallerde olmak üzere, özellikle ödeme yapılırken çekince konulması veya işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında işini kaybetmemek amacıyla baskı altında kalarak cezaî şart ödemesi gibi durumlarda, sonradan indirim talep edilebileceği kabul edilmektedir⁷²⁸.

Bu tartışmada, kanaatimizin hem alacaklı yönünden hukuki işleme güvenin korunması gereği hem de cezaî şartta indirim yapılması hükmünün borçlunun ekonomik durumunu koruma amacı etrafında şekillenmesi gerekçelerine dayanarak, ödenmiş cezaî şartın indirilemeyeceği yönünde olduğunu belirtmek isteriz. Bu noktada ispatı mümkün olan tek istisnanın ödeme yaparken çekince koymak olduğu ve bu nedenle bu halde, borçlunun indirim talep etmesinin kanımızca geçerli olduğuna da dikkat çekilmelidir. Bununla birlikte ahlaka aykırı miktardaki cezaî şart, TBK m.182/3 değil, TBK m.27'nin uygulama alanına girdiğinden, m.182/3 bakımından bir istisna olarak görülmemelidir.

e. Aşırı Miktardaki Dönme Cezasının İndirilmesi Sorunu

Hâkimin cezaî şartta indirim yapma yetkisinin, TBK m.179/3'de düzenlenen dönme cezası bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı hususu da ayrıca tartışılmaya değer bir konudur. Doktrinde, her ne kadar dönme cezası, kanunda cezaî şarta ilişkin hüküm içinde düzenlense de aslında birbirinden farklı ve bağımsız iki kurum olduğuna dikkat çekilmektedir⁷²⁹. Dolayısıyla bizim de katıldığımız bu görüş taraftarlarınca, hâkimin dönme cezasını aşırı bularak indirme yetkisi bulunmadığı savunulmaktadır. Zira dönme hakkını kullanarak, dönme cezası ödeme yükümlülüğü altına bizzat kendi iradesi ile giren borçlunun, bu bildirimde bulunmadan borcunu ifa etseydi aşırı gördüğü dönme cezasını ödemek zorunluluğu da doğmayacaktı⁷³⁰.

Bu görüşe karşılık dönme cezasına da cezaî şart hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre dönme cezası, kanunun

yoksa bu imkândan sonradan feragat edilebilir. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.156; Bilge, s.119; Eren, s.1217; Çınar, s.99. Becker ise kanun koyucunun sonradan yapılacak indirim için bir süre sınırı getirmesi halinde, aksi görüşü destekleyebileceğini ifade etmektedir. Bkz.Becker, Art 163, N.22.

⁷²⁸ Koller, §81, Rn. 44; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.156; Karagöz, s.52; Ekinci, s.362; Çınar, s.99-100.

⁷²⁹ Bu konuda bkz. 1. Bölüm, IV, C.

⁷³⁰ Gauch, Schlupe, Rey, Rn.4043; Oğuzman, Öz, s.549; Eren, s.1216; Hatemi, Gökyayla, s.382.

sistematığı itibariyle cezaî şartın bir türü olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle dönme cezası, hâkim tarafından miktar olarak aşırı bulunması halinde indirimde tâbi tutulabilmelidir⁷³¹. Ayrıca dönme cezası ile diğer cezaî şart türleri arasında bu konuda ayırım yapılmasını gerekli kılan haklı bir sebep de yoktur⁷³².

İsviçre Hukuku'nda ise kanun koyucunun dönme cezasına mehz OR m.160/3'de yani cezaî şarta ilişkin hüküm içinde yer vermesi nedeniyle, doktrinde dönme cezasının cezaî şart niteliğinde düzenlendiğini kabul eden başka bir görüş de mevcuttur. Bu nedenle de cezaî şarta ilişkin hükümlerin, bunlar içinden özellikle aşırı cezaî şartın indirilmesine ilişkin hükmün, dönme cezasına da uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁷³³. Zira bu görüşe göre, İsviçre kanun koyucusu, dönme cezasını cezaî şart hükmü içinde düzenleyerek, cezaî şarta uygulanan bazı kuralların, özellikle de hâkimin aşırı gördüğü miktarı indirmesine yönelik hükmün, dönme cezasına da uygulanmasını, her iki kurumun arasındaki farklılıklara rağmen bilinçli olarak öngörmüştür⁷³⁴.

f. Tacir Sifatına Sahip Borçlu Bakımından Cezaî Şartın İndirilmesi

Hâkimin aşırı miktardaki cezaî şartı indirme yetkisi ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken önemli bir husus ise borçlunun tacir olması haline yönelik 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁷³⁵ (TTK) m.22 hükmüdür. Bu hüküm TBK m.182/3'de yer alan düzenlemenin istisnasıdır. Bu maddeye göre, *“tacir sıfatını haiz borçlu, ... , aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.”*⁷³⁶. Gerçekten kanun koyucu, Ticaret Hukuku

⁷³¹ Tekinay vd., s.353.

⁷³² Tekinay vd., s.353.

⁷³³ Petitjean, s.27; Koller, §81, Rn. 37; Bentele, s.22. Aksi görüş için bkz. Gauch, Schluep, Rey, Rn.3934.

⁷³⁴ Bentele, s.22; Bucher, s.530; Koller, §81, Rn. 37-38; Santoro, s.40.

⁷³⁵ RG.T.14.02.2011, RG.S.27846.

⁷³⁶ 6763 sayılı Ticaret Kanunu döneminde 647.maddede bir hüküm bulunmasına rağmen, BK m.161/3 hükmünün kamu düzeni ile ilgili olması gerekçesiyle, ticari işler bakımından da aşırı cezaî şartın indirilmesi gerekmediğini ileri süren görüş vardı. Bu görüş için bkz. Kunter, s.295. Doktrinde bir yazara göre, sözleşmeye bağlılık kuralına istisna getiren cezaî şartın aşırılığı halinde, tacir sıfatına sahip borçlu bakımından hâkimin indirim yetkisine bir istisna getirilerek, Ticaret Hukuku kapsamında sözleşmeye bağlılık ilkesine dönülmüştü. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.176. Aynı yönde bkz. Günay, s.216. Buna

alanında uygulama bulan tacirin basiretli olması ilkesinden yola çıkarak (TTK m.18/2), tacirler bakımından cezaî şart miktarı aşırı bile olsa hâkimden indirim talep edilmesi yolunu kapatmıştır⁷³⁷. Bu noktada belirtilmelidir ki ayrı bir Ticaret Kanunu olmayan İsviçre’de benzer bir hüküm yoktur.

Türk Ticaret Kanunu m.22’deki hükmün uygulanması için doktrindeki genel kabule göre, borçlunun tacir sıfatını taşıması yetmemektedir. Kanunda böyle bir şart yer almasa da hükmün amacından hareketle, cezaî şart kararlaştırılan borcun TTK m.19 anlamında ticari nitelikte bir borç olması da aranmaktadır. Kısacası TTK m.22’nin uygulanabilmesi için, tacir sıfatına sahip olma ve cezaî şart ile güvence altına alınan borcun ticari nitelikte olması şeklinde iki kümülatif şart aranmaktadır⁷³⁸. Bu

karşılık Tunçomağ, lafzı açık bir hükmün yorumlanmaması gerektiği, kaldı ki bu yorum sonucu esas kuralın bertaraf edilerek istisnai kuralın uygulanmasının istendiği, dolayısıyla bu görüşün kabul edilemeyeceğini ileri sürmekteydi. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.174-175. 6763 sayılı TK döneminde 1940 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı da Ticaret Hukuku bağlamında cezaî şartta indirim yapılamayacağı yönünde sonuca vararak, doktrindeki tartışmayı kesin olarak çözüme kavuşturmuştu. Bu karar için bkz. Y. İBK., T.19.06.1940, E.1940/7; K.1940/71, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 19.07.2018.

⁷³⁷ Kılıçoğlu, s.784; Kocaağa, s.357-358. Yerel mahkemenin, taraflar arasındaki sözleşmenin davacı tarafından haklı sebeple feshedildiğini saptadığı ve sözleşmede kararlaştırılan 180.000 TL cezaî şart alacağından, TBK m.182/3 gereğince %30 hakkaniyet indirimi yapılmak suretiyle 126.000 TL’nin tahsiline yönelik kararını Yargıtay, borçlunun tacir olmasına dayanarak şu gerekçe ile bozmuştur: “...Kural olarak sözleşme serbestisi ilkeleri çerçevesinde taraflar ceza-i şart miktarını tayinde serbesttir. Sözleşmede düzenlenen cezaî şart ödeneceğine dair hüküm, taraflarca itiraz edilmeksizin imzalanmış olmakla ve aksi yönde yasa hükmü de bulunmamakla sözleşme serbestisi ilkesi gereğince geçerlidir ve sözleşmenin taraflarını bağlar. Davalı tacir olup, ticari olarak mahfına neden olmayacak cezaî şarttan indirim yapılamaz...”. Bu karar için bkz. Y.13.HD., T.13.03.2017, E. 2015/39133, K. 2017/3007, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 19.07.2018. Benzer yönde bkz. Y.13.HD., T.20.12.2016, E. 2015/32771, K. 2016/23899, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 19.07.2018.

⁷³⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.176-177; Oğuzman, Öz, s.555; Füsün Nomer Ertan, “İş Aktinden Doğan Ceza Şart Hükümlerine TTK m.24 Uygulanır mı?”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.I: Ticaret Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s.33. TTK m.3 kapsamında sayılan ticari işler için tacirin taahhüt ettiği cezaî şartın da TTK m.22’ün uygulama alanına gireceği yönünde bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.178; Günay, s.221.

Borçlunun tacir sıfatı bulunup bulunmadığının tespitinde esas alınacak zaman dilimi, cezaî şartın kararlaştırıldığı tarihtir. Bu nedenle cezaî şart kararlaştırıldıktan sonra tacir sıfatı kazanılsa bile, TBK m.182/3 uyarınca indirim yapılması mümkündür. Tam aksine cezaî şart kararlaştırıldıktan sonra tacir sıfatını yitirmişse, tacir sıfatı bakımından cezaî şart kararlaştırma tarihi esas alındığı için indirim talep etmesi mümkün değildir. Bu konuda bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.176-177; Günay, s.219.

Yargıtay da somut olayı değerlendirirken öncelikle borçlunun tacir olup olmadığını değerlendirmektedir: “...Taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 8/2. maddesinde, arsa sahibinin tapu devirlerinden kaçınması durumunda her geçen ay için 5.000,00 TL cezaî şart ödeyeceği kararlaştırılmış olup, ... Somut olayda dosya kapsamı itibarıyla arsa sahibi davalı – birleşen dosya davacısı M. A.’ın tacir olmadığı, bu nedenle birleşen 2014/191 esas sayılı davadaki cezaî şart isteminin dayanağını oluşturan taraflar arasındaki inşaat sözleşmesinin 8/2. maddesindeki miktarın çok aşırı olup, kişinin mahvına sebep olabileceği gözetilerek mahkemece 6098 sayılı TBK’nın 182/3. maddesi uyarınca aşırı olan cezaî şart miktarında hakkaniyete uygun tenzilat yapılması gerektiği halde belirtilen hususlar ve kanun maddeleri göz önünde bulundurulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi doğru

nedenle tacir, cezaî şart ile güvence altına alınan borcun, ticari nitelikte bir borç olmadığını ispatlarsa, yine TBK m.182/3'deki indirim hükümleri uygulanabilecektir⁷³⁹. Ayrıca belirtilmelidir ki TTK m.22 sadece cezaî şartı ödeme borçlusunun tacir olması haline yönelik bir indirim yasağı getirmiştir. Yoksa borçlu taraf tacir olmayıp, alacaklı taraf tacir ise TBK m.182/3'deki indirim hükmü uygulanabilecektir. Aynı şekilde tacir olmayan kişilerin ticari nitelikteki işlemlerinden doğan borçları için kararlaştırılan cezaî şart da TBK m.182/3 hükmünün uygulama alanındadır⁷⁴⁰.

İş ilişkisinde ise işverenin tacir olması halinde Yargıtay'ın da TTK m.22'nin uygulanamayacağı, TBK m.182/3 uyarınca hâkimin aşırı cezaî şarttan indirim yapabileceği yönünde kararları vardır⁷⁴¹. Fakat kanaatimizce doktrinde de savunulduğu üzere⁷⁴², işverenin işçi ile yaptığı iş sözleşmesinin TTK m.3'de yer alan “...bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.” şeklindeki tanım kapsamında olduğu ifade edilmelidir. Bu kapsamda tacir işverenin, ticari

olmamış hükmün bozulmasını gerektirmiştir...” Y.23.HD., T.20.10.2016, E. 2015/6301,K. 2016/4649, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 09.10.2018.

⁷³⁹ Oğuzman, Öz, s.555; Tekinay vd., s.358.

⁷⁴⁰ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.177; Oğuzman, Öz, s.555.

⁷⁴¹ Bu yönde bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında şu gerekçeye yer verilmiştir: “...özel daire sözcüleri; iş hukukunun kendine özgü yapısı uyarınca, tacir sıfatını taşıyan işveren ile işçi arasında İş Kanunu hükümleri çerçevesinde düzenlenen bir hizmet sözleşmesinin, işveren bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesi anlamında ticari iş niteliğinde olmadığını; İş Kanunu hükümlerine tabi, kendine özgü bir hizmet sözleşmesi olarak kabulü gerektiğini, işçi-işveren ilişkilerinin kamu düzeni ile ilgili olmasının da bu kabulü zorunlu kıldığını, keza, İş Hukukunun temel ilkelerinden biri olan "tarafaların dengeli tutulması" ilkesinin de bunu gerektirdiğini, özel dairenin aynı yöndeki uygulamasının daha önce benzer davalarda Hukuk Genel Kurulu'na da benimsenmiş olduğunu dile getirmişlerdir. Gerçekten, Hukuk Genel Kurulu'nun 15.10.1997 gün ve 1997/9-486-822 sayılı kararında, aynı ilkelere vurgu yapılmak suretiyle, tacir statüsünde olmasının, iş akdindeki cezaî şart bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesindeki kuralın işveren hakkında uygulanmasını gerektirmeyeceği; eş söyleyişle, cezaî şart borçlusu işveren tacir de olsa, Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesindeki emredici hüküm uyarınca, fahiş görüldüğü takdirde cezaî şarttan re'sen indirim yapılmasının zorunlu bulunduğu kabul edilmiştir...” Bu karar için bkz. Y.HGK., T.2.2.2005, E. 2004/9-759, K. 2005/9, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018. Aynı yönde bkz. Y.HGK., T. 25.1.2017, E. 2015/22-330, K. 2017/132, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018; Y.HGK., T.15.10.1997, E. 1997/9-486, K. 1997/822, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018.

⁷⁴² Doktrinde tacir işverenin, işçi ile iş sözleşmesi yapmasının ticari iş niteliğinde olduğu, kanunda herhangi başka bir sınırlama bulunmadığı, işçi lehine kararlaştırılan cezaî şart mevcut ise işverenin TTK m.22 uyarınca indirim isteyememesi gerektiği savunulmaktadır. Bu yönde bkz. Gülsevil Alpagut, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005**, Ankara, Türk-İş Yayını, 2007, s.118; Nomer Ertan, s.34, 36-38; Karagöz, s.58-59; Başbuğ, s.253 vd.. Yargıtay'ın doktrindeki bu görüş yönünde eski bir kararı vardır. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.16.02.1976, E.4484/5798, YKD, Aralık 1976, s.1671. Aksi görüşte bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.888.

işletmedeki faaliyetlerini sürdürebilmesi için işçi ile yaptığı iş sözleşmesinde kararlaştırılan “işveren aleyhine” cezaî şart, TTK m.22’nin uygulama alanına girmektedir. Bu nedenle işveren, kural olarak indirim talep edemez.

Türk Ticaret Kanunu’ndaki hükme rağmen doktrinde, cezaî şartın tacirin ekonomik mahvına neden olacak derecede yüksek olması ve bu nedenle tacirin, ticari kişilik hakkının korunması gereği ile cezaî şart miktarının adalet ve hakkaniyete aykırı derecede yüksek olması halinde, hâkimden indirim talep edilebileceği savunulmaktadır⁷⁴³. Yargıtay’ın da kararları bu yöndedir⁷⁴⁴. Dolayısıyla sözleşmenin borçlu tarafının tacir olması halinde, cezaî şartın indirilmesinin hâkimden talep edilemeyeceği hükmüne rağmen, ticari kişilik hakkının korunması gereği ya da ahlaka aykırı derecede aşırı miktarda cezaî şart kararlaştırılmış olması hali söz konusu ise hâkimin, TBK m.27/2’de düzenlenen ahlaka aykırılık hükmüne başvurulabileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte hâkimin, TBK m.27/2 ile TBK m.182/3’e arasında seçim yapabileceği de ifade edilmektedir⁷⁴⁵. Dolayısıyla denilebilir ki tacir

⁷⁴³ Von Tuhr, Escher, s.284; Oğuzman, Öz, s.555; Tekinay vd., s.357; Eren, s.1217; Hatemi, Gökyayla, s.385; Kocağa, s.385 vd.; Alpagut, **Değerlendirme 2005**, s.117; Arıcı, s.41; Başbuğ, s.254.

⁷⁴⁴ 1974 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun İsviçre ve Alman hukukçularının eserlerinden alıntılar yaparak gerekçelendirdiği kararı, bu konuda ortaya çıkan yargı uygulaması bakımından oldukça açıklayıcıdır: “...*Bidayet mahkemesi, cezaî şartın fahiş olması ile ahlak ve adaba aykırı bulunmasını ayırmak yoluna gitmemiştir. Ticaret Kanunu’nun 24. maddesi, Borçlar Kanunu’nun 161. maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi, yalnız “fahiş olsa dahi cezaî şartın indirilemeyeceği” esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak ve adaba ve emredici hükümlerinin koyduğu kurallara aykırı olan cezaî şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur. Fahiş cezaî şartın tenkisini önleyen bir hüküm ister bulunsun, isterse bulunmasın cezaî şartın ahlaka ve adaba, emredici hükümlere aykırılığı sebebiyle iptal edilmesine bu durumun bir etkisi olmaz. Nitekim İsviçre ve Alman Hukukçuları arasında, mevzuatın farklı olmasına rağmen, bu bakımdan tam bir mutabakat mevcuttur. Bizim mevzuatımız itibariyle, farklı bir sonuca ulaşmak için hukuki bir dayanak bulunmamaktadır...*”. Bkz. Y.HGK., T.20.03.1974; E.1970/1053; K.1974/222, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.05.2018. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, “...Ayrıca TTK. m. 22 ve TBK. m. 182 uyarınca tacir, kural olarak sözleşmede kararlaştırılmış cezaî şartın indirilmesini isteyemez ise de, kararlaştırılan cezaî şart, davalının ekonomik olarak mahvına yol açacak derecede fahiş ise durumuna uygun bir indirim yapılabilmesi Yargıtayca kabul edilmektedir. Bu yönden davalının bilançosu ve ticari defterleri incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış mahkeme kararının bozulması gerekmiştir...” ifadesine yer vererek, tacirler için de istisnai hallerde cezaî şart miktarında indirim yapılabilmesi yönünde karar vermiştir. Bkz. Y.19.HD., T. 13.12.2016, E. 2016/4335 K. 2016/15702, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 18.07.2018. Aynı yönde bkz. Y.19. HD., T. 28.11.2016, E. 2016/3011 K. 2016/15199, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 18.07.2018. Y.19. HD., T.12.06.2017 E. 2016/9102, K. 2017/4845, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 18.07.2018.

⁷⁴⁵ Tekinay vd., s.356-357; Eren, s.1217-1218. Oğuzman, Öz, TBK m.27/2’nin kıyasen uygulanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Oğuzman, Öz, s.555. Ayrıca bir görüşe göre, borçlunun ödemekle yükümlü olduğu cezaî şart ivazlı olmadığı için gabin hükümlerine dayanılmaz. Bkz. Von Tuhr, Escher, s.284; Oğuzman, Öz, s.555; Eren, s.1217. Aksi görüşte bkz. Tekinay vd., s.357. Nomer,

bakımından cezaî şartın miktarı sadece TBK m.27/2'deki ahlaka aykılık kavramı ile sınırlanmıştır⁷⁴⁶.

Bu noktada belirtilmelidir ki tacirler için TTK m.22 ile getirilen istisnanın, her durumda uygulanmaması kanımızca da isabetlidir. Bununla birlikte tacirin ticari kişilik hakkını zedeleyecek oranda yüksek cezaî şart belirlenmesi halinde, hukuki sonuç olarak genel hüküm olan TBK m.27/2 mi yoksa özel hüküm olan TBK m.182/3 mü uygulanmalı konusu önem arz etmektedir. Kanaatimizce tacir bakımından cezai şartın miktarının aşırılığı halinde, ahlaka aykırılık maddesi olan TBK m.27 dayanak alınmamalıdır. Bunun için üç gerekçe ileri sürülebilir. İlk olarak aksi halin savunulması halinde, aşırı cezai şarta uygulanacak yaptırım bakımından tacirler ile tacir olmayanlar arasında gereksiz ve isabetsiz bir ayırım yapılmış olacaktır. Dolayısıyla cezai şartın miktarının tacirin ekonomik olarak mahvına neden olacak oranda olup olmadığı, hâkimin indirim yetkisini kullanırken sadece “ *tarafların ekonomik durumları*” kapsamında dikkate alacağı bir ölçüt olarak kabul edilmelidir. Bunun sonucunda ise aşırı miktardaki cezai şartın hukuki sonucu bakımından zaten özel hüküm olan TBK m.182/3 uygulama alanı bulmalıdır. Böylelikle tacir olmayanlar için TBK m.182/3 uyarınca hâkim, aşırı miktardaki cezaî şartı tamamen ortadan kaldıramayıp sadece indirim yapabilecekken; basiretli olması gereken tacir için TBK m.27/2'ye dayanarak cezaî şart ödeme borcundan kısmen ve hatta tamamen muaf tutacak bir sonuca varılmamış olacaktır. İkinci gerekçe olarak özellikle para edimi olarak kararlaştırılan cezai şart bakımından, salt miktarın aşırı olmasının “ahlaka

burada TBK m.27/2'ye başvurulamayacağını, cezaî şartın geçersiz sayılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Nomer, Rn.238.2. Hatemi, Gökyayla ise cezaî şartın geçersiz sayılmasını değil, indirim yapılmasını savunmaktadır. Bkz. Hatemi, Gökyayla, s.385. Bir başka görüş ise TBK m.27/2 uygulanmak suretiyle cezaî şartın tamamen veya kısmen iptaline karar verileceğini ifade etmektedir. Bkz. Kılıçoğlu, s.988; Kocağa, s.358; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s.115. Yargıtay ise açıkça TBK m.27/2'ye mi yoksa TBK m.182/3'e mi dayanılacağı hususuna değinmeksizin, lafzen “indirim” yapılabileceği yönünde karara varmaktadır: “...T.B.K. 182/ son maddesi hakime fahiş gördüğü cezaî şartı indirme yükümlülüğünü vermiştir. Bunun sonucu olarak aşırı görülen cezaî şartın indirilmesinde tazmin ve ceza dengeli olarak korunmalıdır. Ticari olmayan işlemlerde bu kuraldan dolayı borçlu ileri sürmese bile, hakim cezaî şarttan indirim yapıp yapılmayacağını doğrudan görevinden ötürü saptamalıdır. Öte yandan TTK.nun 22 (eski 24.) maddesi gereğince tacir sıfatını haiz borçlu cezaî şartın indirilmesini isteyemez ise de, kararlaştırılan ceza tutarı borçlunun iktisaden sarsılmasını, çöküntüye uğramasını mucip olacak ise indirim isteyebileceği uygulamada kabul edilmektedir...”. Bu karar için bkz. Y.3.HD., T.5.12.2017, E. 2017/15056, K. 2017/17040, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 09.10.2018.

⁷⁴⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.176; Günay, s.216.

aykırılık” oluşturduğunu gerekçelendirmenin güçlüğü gösterilebilir. Son gerekçe olarak ise tacirler için ekonomik mahvına neden olacak miktarda cezaî şart kararlaştırılmış olması halinde, bu klozun tamamen veya kısmen kesin hükümsüz olması yerine, sözleşme hükmünün ayakta tutulacağı bir sonuca ulaştıran TBK m.182/3’ün uygulama alanı bulması daha isabetli gözükmektedir.

Alman Hukuku’nda HGB m.348 uyarınca, tacirin ticari faaliyet alanında cezaî şart vaat etmiş olması halinde, hâkimin indirim yetkisi olmadığına dikkat çekilmektedir. Burada yine basiretli tacir ilkesine dayanılmaktadır. Görüldüğü üzere Türk Hukuku’ndan farklı olarak HGB m.348’de, borçlunun tacir sıfatını haiz olmasının yanı sıra ticari faaliyet alanına ilişkin bir borcun cezaî şart ile güvence altına alınması şartına açıkça yer verilmiştir.

Alman Hukuku’nda da HGB m.348’e rağmen, aşırı miktardaki cezaî şarta karşı tacirler tamamen güvence dışı bırakılmamıştır. Kuşkusuz genel hükümlerdeki indirime dair istisnalar saklıdır (*BGB m.242, 315*)⁷⁴⁷. HGB m.348’deki kuralın uygulanması için cezaî şart anlaşması yapıldığı sırada, vaat edenin tacir olup olmadığı önemlidir; yoksa cezaî şartın muaccel olduğu anda tacir sıfatının kaybedilmiş olmasının, hükmün kapsamı bakımından bir önemi yoktur⁷⁴⁸. Ayrıca taraflar arasındaki hukuki işlem ticari nitelikte olsa bile taraflardan biri tacir sıfatını haiz değilse, cezaî şart indirime tâbi tutulabilecektir. Bununla birlikte BGB m.138 uyarınca ahlaka aykırı miktarda belirlenen ya da BGB m.307 uyarınca genel işlem koşulları bakımından yapılan içerik denetimine göre adalet ve hakkaniyete aykırı miktarda bulunan cezaî şartta indirim yapılması değil, klozun geçersiz olması hali tacirler için de uygulanmaktadır⁷⁴⁹.

4. Hâkim Takdir Yetkisinin Sınırları

Kanun tarafından hâkime sadece cezaî şartta indirim yapma yetkisi tanınmıştır, Bu nedenle hâkim, cezaî şartı tamamen ortadan kaldıramayacağı gibi, kural olarak

⁷⁴⁷ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.3-4; Palandt, Art 343, Rn.8; Erman/Schaub, Art 343, Rn.8; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.2 ve Rn.15; Soergel, Lindacher, Art 343, N.24-27.

⁷⁴⁸ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.3.

⁷⁴⁹ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.4; Palandt, Art 343, Rn.8; Erman/Schaub, Art 343, Rn.8; Soergel, Lindacher, Art 343, N.27.

cezaî şartın niteliğini de değiştiremez⁷⁵⁰. Örneğin bir miktar para olarak kararlaştırılan cezaî şartın, hâkim tarafından bir malın teslimine çevrilmesi mümkün değildir. Cezaî şartın hâkim tarafından aşırı bulunarak indirilmesi kurumu, edim borcunun nitelik bakımından değiştirilmesine yol açmamakta; sadece miktar bakımından hâkimin somut durumu dikkate alarak takdir edeceği daha uygun sınırlara çekilmesi sonucunu doğurmaktadır⁷⁵¹. Şüphesiz hâkim, kanunun lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere cezaî şartı sadece indirebilecek olup, yetersiz bularak artırma yoluna da gidemez⁷⁵².

Cezaî şartın para edimi olarak belirlenmesi durumunda hâkimin indirim yapma yetkisini kullanmasında herhangi bir sorun doğmayacaktır. Nitekim cezaî şartta indirim yapılmasına dair gerek Türk Hukuku gerek İsviçre ve Alman Hukuku'nda yer alan hüküm para borcu dikkate alınarak düzenlenmiştir. Fakat her ne kadar sıklıkla rastlanmasa da cezaî şartın para dışında bir edim, örneğin teslim ya da yapmama borcu olarak belirlenmiş olması da mümkündür. BGB m.343/2'de açıkça cezaî şartta indirim yapılmasına ilişkin hükmün, yapma veya yapmama borcuna aykırılık hali için kararlaştırılmış cezaî şart için de uygulanabileceğine yer verilmiştir⁷⁵³. İşte bu duruma özel olarak hâkimin edimin niteliğini değiştirebileceği ifade edilebilecektir. Nitekim para edimi dışında cezaî şart belirlenmesi halinde, hâkimin cezaî şartın miktarının aşırı olup olmadığını veya uygun miktarın ne olduğunu belirlemesi edimin doğası gereği daha zordur. Böyle bir durumda hâkimin öncelikle edimin para karşılığı olan değerini takdir etmesi, sonra buna bağlı olarak aşırı olup olmadığını değerlendirmesi gerekmektedir. Eğer hâkim cezaî şartın aşırı olduğunu tespit ederse bu sefer yine para karşılığı olarak uygun değere karar verecektir. Bu noktadan sonra ise edimin bölünüp

⁷⁵⁰ Saymen, Elbir, s.558; Oğuzman, Öz, s.553; Eren, s.1218. Buna karşılık İsviçre doktrinde bir görüşe göre, hâkimin takdir yetkisine bir alt sınır öngörülmemiştir. Dolayısıyla alacaklının, borcun ifa edilmesinde herhangi bir menfaati kalmamışsa, cezaî şartın tamamen ortadan kaldırılması imkânsız görülmemektedir. Nitekim 1905 tarihli tasarıda zımnen böyle bir alt sınır belirlenmişti. Buna göre hâkim, ispat edilen zarar miktarına kadar indirim yapabilecekti. Fakat bu hüküm kanunlaşmamıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oser, Schöenberger, Art. 163 OR, Rn.13. Buna karşılık hem hâkime sözleşme serbestliği ve ahde vefa ilkesine rağmen tanınan istisnai indirim yetkisinin dar yorumlanmasının hukukun genel ilkelerine uygun düşeceği gerçeği karşısında, hâkimin cezaî şartı tamamen kaldırmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Becker, Art 163 OR, N.1 vd.. Türk Hukuku için bu yönde bkz. Bilge, s.124; Oğuzman, Öz, s.553; Eren, s.1218.

⁷⁵¹ Bentele, s.128; Oğuzman, Öz, s.553.

⁷⁵² Kocağa, s.323.

⁷⁵³ Soergel, Lindacher, Art 343, N.3. Türk Hukuku'nda açık bir hüküm olmasa da doktrinde para edimi dışındaki diğer edimler için de, örneğin kıymetli evrak, aşırı cezaî şartın indirilmesinin talep edilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Tunçomağ, **TBK**, s.885; Eren, s.1216.

bölünememesine bağlı olarak süreç işleyecektir. Eğer cezaî şart olarak üzerinde anlaşılan edim bölünebilir bir edim ise hâkim para olarak takdir ettiği kısma denk düşen edim parçasının cezaî şart olarak ödenmesine hükmedecektir⁷⁵⁴. Buna karşılık cezaî şart olarak kararlaştırılan edim bölünemeyen bir edim ise hâkim, artık uygun miktarda takdir ettiği cezaî şartın para karşılığı olarak ödenmesine karar verebilecektir⁷⁵⁵. Fazla taraftar bulamayan ve taraflar açısından sakınca doğurabileceğini düşünerek katılamadığımız bir başka görüşe göre ise borçlu bu durumda, cezaî şartı para dışındaki edim olarak aynen ifa edecek; buna karşılık hâkimin takdir ettiğinden aşırı olan kısma denk gelen para karşılığı alacaklı tarafından denkleştirilecektir⁷⁵⁶.

5. Hâkimin Takdir Yetkisini Kullanırken Dikkate Alacağı Ölçütler

a. Genel Olarak

Cezaî şartın aşırı görülmesi halinde yapılacak indirimin oranına hâkim re'sen karar verecektir. Hâkim ne oranda indirim yapılacağını belirlerken, yine somut olaya göre adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde hareket edecek olup, herhangi bir mutlak ölçüt ileri sürmek mümkün değildir⁷⁵⁷. Ayrıca belirtilmelidir ki hâkim, cezaî şartı ancak aşırı bulursa indirim yapma yetkisine sahiptir. Yoksa sözleşmede yer alan her cezaî şart için indirim yapma zorunluluğu yoktur. Fakat mahkemelerce kimi zaman indirim yapılmasına yönelik herhangi bir gerekçe dahi belirtilmeksizin, belirli bir miktar hakkaniyet indirimi yapma zorunluluğu varmış gibi karara varılmaktadır⁷⁵⁸.

⁷⁵⁴ Petitjean, s.123; Bentele, s.128.

⁷⁵⁵ Petitjean, s.121; Bentele, s.128; Oğuzman, Öz, s.553.

⁷⁵⁶ MüKoBGB/ Gottwald, BGB 343, N.5.

⁷⁵⁷ Palandt, Art 343, Rn.6; Erman/Schaub, Art 343, Rn.3; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.7; Soergel, Lindacher, Art 343, N.13; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3952; Schoch, s.64; Bilge, s.120; Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s.144-145; Oğuzman, Öz, s.553; Tekinay vd., s.355; Eren, s.1217; Keser, s.25.

⁷⁵⁸ Örneğin bir kararda "...Mahkemece iş akdinin davalı işverence haksız olarak feshedildiğinin kabulü karşısında cezaî şart alacağının kabulü yerinde ise de 161/son (182/son) maddesi gereğince hakkaniyet indirimi yapılmamış olması bozma nedenidir..." ifadelerine yer verilerek, somut olay bakımından esasen cezaî şart geçerli kabul edilmiş, salt hâkimin hakkaniyet indirimi yapmaması bozma nedeni sayılmıştır. Bu karar için bkz. Y.7.HD., T.17.02.2014, E.2013/19815, K.2014/4012, Çalışma ve Toplum, 2015/1, s.402-406. Ayrıca bkz. Y.22.HD., T.10.04.2014, E.2013/8355, K.2014/7684, Çalışma ve Toplum, 2015/3, s.477 vd..

Hâlbuki hâkim, TBK m.182’de somut olaya bakımından dikkate alacağı ölçütlere göre, cezaî şart miktarında aşırılık görürse indirim yapmakla yükümlü tutulmuştur.

Hâkim, cezaî şartta indirim yaparken, cezaî şart kararlaştırmanın amaçlarından olan borçluyu borcunu ihlal etmekten caydırma ve borçlu üzerinde ifa için baskı kurma gibi amaçları göz ardı etmemelidir⁷⁵⁹. Salt cezaî şartın zarardan fazla olması veya zarar ortaya çıkmaması, cezaî şartın indirilmesi için yeterli kabul edilmemelidir⁷⁶⁰. Buna karşılık cezaî şartta yapılacak indirimin uğranılan zararın altında bir cezaî şart ortaya çıkmasına da neden olmaması gerektiği savunulmaktadır⁷⁶¹. Almanya’da, işçinin sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, işveren lehine karar verilen tazminat, cezaî şartta yapılacak indirim için alt sınır olarak kabul edilmektedir (*ArbGG*⁷⁶² m.61/2)⁷⁶³. Cezaî şartın aşırı miktarda olduğunu ispat yükü ise borçlunun üzerindedir⁷⁶⁴. Kanaatimizce de kanunda hâkimin takdir hakkı bakımından bir alt sınır belirlenmemiş olsa bile, cezaî şartın güvence, telafi ve ceza amaçları dikkate alınarak, alacaklının ihlal nedeniyle uğradığı zarar alt sınır kabul edilmelidir. Eğer borçlunun borcu ihlal etmesi sonucu ortaya bir zarar çıkmamış ise hâkim, cezaî şartı tamamen ortadan kaldırmayacak şekilde takdir hakkını kullanmalıdır. Zira cezaî şartın alt sınırına kanunda yer verilmesine gerek de yoktur. Kanunda cezaî şart hükmü düzenlenmesinin amaçları gözetildiğinde de aynı sonuca varılabilecektir.

Hâkim, cezaî şartı indirme yetkisini kullanırken, cezaî şart miktarını belirlemede kural olarak tarafların serbest olduğunu unutmamalıdır. Bu nedenle hâkim, TMK m.4 gereği sadece hukuka ve hakkaniyete göre aşırı gördüğü cezaî şartı indirme yetkisine sahiptir⁷⁶⁵. Hâkim takdir yetkisini, olaya özgü bireysel ve somut

⁷⁵⁹ Palandt, Art 343, Rn.6; Erman/Schaub, Art 343, Rn.3; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.7; Soergel, Lindacher, Art 343, N.13; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3952; Schoch, s.64; Oğuzman, Öz, s.553; Tekinay vd., s.356; Kocağa, s.323; Akkayan Yıldırım, s.385.

⁷⁶⁰ Bu yönde bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.21; Palandt, Art 343, Rn.6; Erman/Schaub, Art 343, Rn.3; Oğuzman, Öz, s.553.

⁷⁶¹ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.21. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y.13.HD., T.14.11.1997, E.1977/4495, K.1977/1010, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 14.05.2017.

⁷⁶² Arbeitsgerichtsgesetz (*İş Mahkemesi Kanunu*), 02.07.1979, BGBl. I S. 853, 1036.

⁷⁶³ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.21; Staudinger, Rieble, Rn.130.

⁷⁶⁴ Palandt, Art 343, Rn.7; Erman/Schaub, Art 343, Rn.5; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.11.

⁷⁶⁵ Bilge, s.120; Oğuzman, Öz, s.553; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.141; Tekinay vd., s.355; Nomer, Rn.238. İsviçre Hukuku’nda ZGB m.4’de, hâkimin hukuk ve hakkaniyete göre karar vereceği ilkesi “Recht und Billigkeit” başlığı altında düzenlenmiştir. cezaî şartın indirilmesinde hâkimin yetkisini

menfaatleri dikkate alarak kullanacaktır⁷⁶⁶. Bu nedenle de cezaî şart miktarının aşırılığı için genel ve soyut ölçüt getirmek mümkün değildir⁷⁶⁷. Fakat hâkimin kararını verirken dikkate aldığı ölçütler belirlenerek, kesin olmasa da belirli bir sonuca varmaya çalışmak mümkündür. Kuşkusuz hâkimin takdir yetkisini kullanırken hakkaniyete dayanıyor olması, karar verirken dayandığı ölçütlerin tespitini oldukça güçleştirmektedir.

İsviçre’de cezaî şartın miktarı, adalet ve hakkaniyete göre makul ölçütler dikkate alındığında belirlenen miktarın üzerinde ise aşırı cezaî şart olduğu kabul edilmektedir. Böyle bir durumda hâkim somut olay kapsamında takdir yetkisini kullanabilecektir⁷⁶⁸.

Türk ve İsviçre mahkeme içtihadı çerçevesinde uzun bir zaman zarfı içinde ortaya çıkan ve doktrinde de kabul edilen, hâkime indirim yetkisi veren aşırı cezaî şartın belirlenmesi bakımından sıklıkla başvurulmuş ölçütler mevcuttur. Bunlar ise alacaklının asıl edimin ifası ile cezaî şart miktarı arasındaki menfaati, borçlunun elde ettiği menfaatler, asıl sözleşmenin ihlalinin ağırlığı, tarafların kusuru ve özellikle alacaklının birlikte kusuru, tarafların ekonomik durumları, asıl sözleşmenin türü ve süresi ve tarafların ticari deneyimleri gibi asıl sözleşme ile ilişkili diğer haller olarak sayılabilir⁷⁶⁹. İşçinin cezaî şart vaat ettiği durumlarda, Alman Hukuku’nda işçinin

kullanması bakımından da bu hükme dayanılmaktadır. Bu yönde bkz. Von Tuhr, Escher, s.285; Bucher, s.532; Reck, s.119; Gauch, Schluep, Rey, Rn. 3946 ve 3952; Bentele, s.114;.

⁷⁶⁶ Reck, s.119; Bentele, s.114; Palandt, Art 343, Rn.6.

⁷⁶⁷ Schoch, s.64; Lindacher, s.109; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.145-146; Kocaağa, s.343.

⁷⁶⁸ Schoch, s.64; Bentele, s.116.

⁷⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.18; Von Tuhr, Escher, s.284-286; Oser, Schöenberger, Art. 163 OR, Rn.14-16; Becker, Art 163, N.8-18; Schoch, s.65-68; Bucher, s.532; Reck, s.122 vd.; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3952-3953; Koller, §81, Rn. 40; Palandt, Art 343, Rn.6; Erman/Schaub, Art 343, Rn.3; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.7; Oğuzman, Öz, s.553; Eren, s.1217; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.146 vd.; Bentele, s.117 vd.; Keser, s.25. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, bu sayılanlar içinden, alacaklının asıl edimin ifası ile cezaî şart miktarı arasındaki menfaati, borçlunun borca aykırı davranışındaki kusurunun derecesi, borçlunun ekonomik durumu noktalarını cezaî şartın aşırılığının tespitinde özellikle önemi haiz olarak ifade etmektedir. Bkz. Tekinay vd., s.355. Yargıtay’ın indirim bakımından dikkate aldığı ölçütlere yer verdiği bir kararında, ölçütler tek tek değerlendirilmeyip, esas alınması gereken ölçütler şu ifadelerle sayılmıştır: “...*Davalı taraf tacir olmadığından, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 182.maddesi (eski BK 161/ son) hükmünce hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir. Bu hükmü hakim resen gözetmesi gerekir. Ceza koşununun fahiş olup olmadığı tarafların ekonomik durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması sebebiyle sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı ölçü olarak alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınacak ceza miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tespit edilmelidir...*”. Bkz. Y.13.HD., T.

aylık ücretinin de bir ölçüt olarak ele alınması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷⁰. Şüphesiz bu ölçütler, sınırlı sayıda değildir. Bununla birlikte en sık karşılaşılan ölçütler, aşağıda kısaca ele alınacaktır.

b. Alacaklının Menfaati

Hâkimin, hakkaniyet gereği cezaî şartın aşırı olduğunu belirlerken dikkate aldığı ölçütler içinde tarafların menfaati yer almaktadır⁷⁷¹. Özellikle cezaî şartın amacı dikkate alınarak, alacaklının menfaatinin ön planda tutulması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷². Asıl sözleşmenin ihlali için belirlenen cezaî şartın miktarı ile alacaklının sözleşmenin ifası bakımından beklediği menfaat arasında bir dengesizlik varsa ya da tarafların sözleşme kurulurken bekledikleri menfaatler doğru belirlenememişse, cezaî şartın aşırılığı sonucu doğabilecektir. Fakat unutulmamalıdır ki cezaî şartın aşırı belirlenmesi halinde indirilmesi gerektiği gibi, bu indirim sonucu alacaklının menfaatlerinin adaletsiz bir duruma gelmemesine de dikkat edilmelidir⁷⁷³.

Alacaklının menfaati, sözleşmenin yerine getirilmesi halinde elde edeceği menfaat ile asıl sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkan zararı kapsamına almaktadır. Fakat alacaklının menfaati sadece malvarlığında meydana gelen zararla sınırlı kabul edilmemektedir. Bu kapsama başta değeri tahmini olarak hesaplanabilecek manevi zarar olmak üzere, alacaklının sözleşmenin ifa edilmesinden beklenen bütün menfaati

7.3.2017, E. 2015/14052, K. 2017/2888, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 09.10.2018. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, dikkate alınacak ilkeleri saymış ve devamında, bu ölçütler ve ilkeler dikkate alınmadan karar verilmesinin bozma nedeni sayılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Y.HGK., T.2.2.2005, E. 2004/9-759, K. 2005/9, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 09.10.2018.

⁷⁷⁰ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.18; Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.7.

⁷⁷¹ Scherrer, s.29; Schellhammer, Rn.1498; Oğuzman, Öz, s.554; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.146; Tekinay vd., s.355.

⁷⁷² Bilge, s.121. Yargıtay bir kararında, alacaklının menfaati ölçütüne şu ifadelerle yer vermiştir: “...alacaklının, kendisine asıl borcun ifasındaki yararıyla ceza-i şart ödenmesi halinde yararı arasında makul ve adil ölçü Bununla birlikte borçlunun, borcunu ifa etmeyerek sağladığı menfaat de önemlidir...”. Bu karar için bkz. Y.HGK., T.27.03.2013, E. 2012/13-821, K. 2013/409, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018. Bununla birlikte borçlunun, borcunu ifa etmeyerek sağladığı menfaat de önemlidir. Bu yönde bkz. Y.13. HD., T. 27.4.2016, E. 2015/5136, K. 2016/11698, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018.

⁷⁷³ Keller, Schöbi, s.114; Bilge, s.121; Oğuzman, Öz, s.553; Kocağa, s.344.

dâhil edilmektedir⁷⁷⁴. Alman Hukuku'nda BGB m.343/1'in ikinci cümlesinde, söz konusu alacaklı menfaatinin, fiili veya muhtemel tüm zararı kapsadığı açıkça yer almaktadır⁷⁷⁵. Buna karşılık Türk ve İsviçre Hukuku'nda açık bir hüküm olmamakla birlikte, alacaklının bütün menfaatlerinin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷⁶.

Alacaklının menfaatinin uğrayacağı muhtemel zararın tespiti her zaman kolay değildir. Nitekim alacaklının, sözleşmenin ihlali halinde menfaatinin zarara uğradığını ispat yükü de yoktur⁷⁷⁷. Muhtemel zararın ispatı bazen mümkün dahi değildir, sadece tahmin edilebilir. Hâkim, cezaî şart miktarının aşırılığını takdir ederken işte bu ispatı kısmen mümkün olmayan, ama gerçekleşmesi yüksek olasılığa sahip zararı da tahmini olarak dikkate almalıdır⁷⁷⁸.

c. Asıl Sözleşme İhlalinin Ağırlığı

Cezaî şart, genellikle asıl sözleşmenin yerine getirilmesinin güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla kararlaştırılmaktadır. Bu amaç doğrultusunda cezaî şart miktarının aşırılığının tespit edilmesinde, asıl sözleşmenin ihlalinin ağırlığından da bir ölçüt olarak yararlanılmaktadır⁷⁷⁹. Bu noktada unutulmamalıdır ki sözleşme ihlalinin

⁷⁷⁴ Von Tuhr, Escher, s.285; Schoch, s.65-66; Bentele, s.117-118; Schellhammer, Rn.1498; Oğuzman, Öz, s.553; Tunçomağ, **Cezaî Şart**, s.147; Bilge, s.121; Tekinay vd., s.355; Kocaağa, s.344-345; Gülseven, s.100; Çınar, s.107.

⁷⁷⁵ Bu konuda bkz. MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.18.

⁷⁷⁶ Bentele, s.118; Sherrer, s.29; Bilge, s.121-122; Kocaağa, s.345.

⁷⁷⁷ Koller, N.23; Reck, s.92; Oser, Schönenberger, Vorbem. zu Art 160-163 OR, N.12.

⁷⁷⁸ Schoch, s.65-66; Bentele, s.118; Bilge, s.122. Cezaî şart ile alacaklının uğradığı zarar ilişkisinin, hâkimin indirim yetkisi bakımından dikkate alınmasında, cezaî şartın sürekli borç içeren sözleşmede bir defa için mi ödenmesi yoksa her bir ihlal için ayrı ayrı mı kararlaştırıldığı önem arz etmektedir. Nitekim çoğu durumda cezaî şartın bir defa ödenmesi, güvence işlevini sağlamak bakımından miktar olarak yüksek belirlenmesini gerektirebilecektir. Ayrıca bu miktarın sadece fiilen ortaya çıkan zararı değil, muhtemel zararı da içerecek oranda kararlaştırılması gerektiği de unutulmamalıdır. Zira alacaklının, zararı ispat yükü olmadığı gibi, çoğu durumda muhtemel zararın ispatı da oldukça güçlük arz edebilecektir. Bu gerekçelere dayanarak doktrinde, sürekli borç içeren sözleşmelerde cezaî şartın bir defa ödenmesi kararlaştırılmışsa, cezaî şartın zarardan yüksek olmasının her durumda doğrudan indirim yapmayı gerektirmeyeceği, diğer ölçütlerle birlikte değerlendirme yapılması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. Bilge, s.122.

⁷⁷⁹ Keller, Schöbi, s.114; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3953. Bu ölçüte yer veren bir Yargıtay kararı için bkz. Y.6. HD., T. 4.12.2016, E. 2016/2569, K. 2016/5645, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018. Ayrıca asıl sözleşmenin ihlalinin ağırlığı ölçütü başlığı altında kısmi ifayı, birçok edimden sadece birinin ihlal edilip edilmediğini dikkate alarak değerlendirme yapan yazarlar için bkz. Von Tuhr, Escher, s.285; Becker, OR 163, N.15.

ağırlığı ile kusurun ağırlığı birbirinden farklı ölçütlerdir. Zira uygulamada kusurun ağırlığının az olduğu, buna rağmen sözleşme ihlalinin ağır olduğu haller ya da tam tersi haller ile karşılaşmak mümkündür⁷⁸⁰.

Asıl sözleşmenin ihlal edilmesi sonucu ortaya zarar çıkıp çıkmaması, kural olarak cezaî şartın talep edilmesi bakımından olumsuz bir etki yaratmamaktadır. Nitekim cezaî şartın zarardan bağımsız olduğuna TBK m.180/1'de de açıkça yer verilmiştir. Buna karşılık sözleşmenin ihlalinin ağırlığı sonucu ortaya çıkan zarar, cezaî şartın aşırılığının belirlenmesinde bir ölçüt olarak yargı kararlarında ele alınmaktadır. Ağır bir sözleşme ihlali halinde alacaklının uğradığı zarar, cezaî şart miktarının üzerinde kalıyorsa, hâkim ya hiç indirim yapmamalıdır ya da bir görüşe göre daha az indirim yapmalıdır⁷⁸¹.

Sözleşme ihlalinin ağırlığı bakımından önemli olan husus, cezaî şart kararlaştırılan asıl sözleşmenin ifasından beklenen menfaatlerin, borca aykırı davranışla ne kadar ihlal edildiğidir. Borca aykırılık ne kadar ağır ise cezaî şartın aşırı bulunma olasılığı da o kadar azalır ve dolayısıyla indirim miktarı da düşer. Buna örnek olarak işçinin, eski işyerinin bölge olarak yakınında bulunan rakip bir işletmede çalışmaya başlayarak, cezaî şart içeren rekabet yasağının ihlal etmesi hali gösterilmektedir⁷⁸². Böyle bir durumda sözleşme ihlalinin ağır olması nedeniyle, hâkim indirim yetkisini diğer ölçütleri de dikkate alarak kullanmayabilecek ya da daha az indirim yapma yolunu tercih edebilecektir⁷⁸³. Tam tersi olarak, sözleşme ihlali ne kadar hafif ise hâkimin, cezaî şartı aşırı bularak indirim yapma olasılığı da o kadar artar. Örneğin cezaî şart ile birden çok edimin güvence altına alındığı hallerde, edimlerden sadece birinin hafif şekilde ihlal edilmesi durumunda, hâkimin indirim miktarını daha fazla takdir edebileceği, doktrinde örnek olarak verilmektedir⁷⁸⁴.

⁷⁸⁰ Schoch, s.67. Aynı yönde bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.147, dn.21.

⁷⁸¹ Bentele, s.118.

⁷⁸² Bu örnek için bkz. Bentele, s.118; Becker, Art 163 OR, N.15. Benzer yönde bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.147. Bu örneğe ilişkin bir karar için bkz. BGE, 30, II, 529.

⁷⁸³ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.147.

⁷⁸⁴ Schoch, s.67; Becker, Art 163 OR, N.15.

İsviçre doktrininin büyük çoğunluğu, mahkeme içtihatında yer alan cezaî şart miktarının tespitinde yararlanılan ölçütler bakımından mutabık kalmaktadır⁷⁸⁵. Buna karşılık doktrinde ilk olarak Petitjean'ın öne sürdüğü bir eleştiriye göre, alacaklının menfaati kavramı belirsizlik içermedikçe, asıl sözleşme ihlalinin ağırlığı cezaî şart miktarının takdirinde ayrı bir ölçüt olarak ele alınmamalıdır. Bunun nedeni olarak ise söz konusu ölçüt ile alacaklının menfaati ölçütünün büyük oranda örtüşmesi gösterilmektedir. Nitekim asıl sözleşme ihlalinin ağırlığı hafif ise alacaklının bu ihlalden uğradığı menfaat kaybı, yani zararı da bir o kadar az olacaktır⁷⁸⁶.

d. Tarafların Kusurunun Ağırlığı

Cezaî şart miktarının aşırılığının belirlenmesinde önem taşıyan bir diğer ölçüt asıl sözleşmenin ihlal edilmesinde alacaklı ve borçlunun kusurlarıdır⁷⁸⁷. Eğer sözleşmenin ihlal edilmesinde borçlunun kusuru hafifse, diğer ölçütlerin de dikkate alınması sonucunda cezaî şartın aşırılığından söz edilebilecektir⁷⁸⁸. Örneğin borçlunun, sözleşme gereği birçok borcu olup da sadece birini hafif kusurla ihlal etmişse, hâkimin indirim yetkisini kullanması hakkaniyete uygun görülmektedir⁷⁸⁹. Buna karşılık asıl sözleşmenin ihlalinde borçlunun ağır kusuru mevcutsa, örneğin kin veya intikam ile hareket etmiş ise hâkim, cezaî şartın aşırı olmadığını takdir

⁷⁸⁵ Bucher, s.532; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3952; Keller, Schöbi, s.114; Von Tuhr, Escher, s.285; Becker, OR 163, N.8.

⁷⁸⁶ Petitjean, s.91-92. Petitjean'ın eleştirisini değerlendiren Bentele, asıl sözleşme ihlalinin ağırlığı ölçütünün bir noktadan tartışılabilirliğini savunmaktadır. Yazara göre, alacaklının menfaati ölçütü ile beraber asıl sözleşme ihlalinin ağırlığının da ölçüt olarak alınması anlamsız olacaktır. Zira Yüksek Mahkeme, alacaklının menfaati ölçütünü genellikle ifadan beklenen menfaat olarak ele almaktadır. Yani ilk olarak malvarlığının durumu dikkate alınmaktadır. Buna göre alacaklının menfaati ölçütü, sözleşme gereği gibi ifa edilseydi alacaklının malvarlığında ortaya çıkacak durum ile hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle malvarlığının sahip olduğu durum arasındaki fark olarak kabul etmektedir. Bu nedenle de sözleşmenin ihlali ile alacaklının menfaati arasında doğru orantı bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Sonuç olarak Bentele'ye göre de Yüksek Mahkeme, alacaklının ifadan beklediği menfaat ile sözleşme ihlalinin ağırlığını iki ayrı ölçüt olarak kullanmamalıdır. Bu değerlendirme için bkz. Bentele, s.121-122.

⁷⁸⁷ Unutulmamalıdır ki tarafların kusuru da diğer ölçütlerle beraber ele alınmalıdır. Dolayısıyla kusurun hafif olması mutlaka indirim yapılmasını gerektirmeyeceği gibi, ağır olması da mutlaka indirim yolunun kapanmasına sebep olmaz. Bkz. Becker, Art 163 OR, N.16; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.149; Günay, s.193. Kusurun ağırlığının cezaî şartın miktarının aşırılığının takdirinde bir ölçüt olarak alınabileceğine ilişkin bkz. Y.19.HD., T.10.10.2017, E. 2016/7973, K. 2017/6774, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018.

⁷⁸⁸ Gauch, Schluep, Rey, Rn.3952-3953; Bentele, s.119; Bilge, s.123.

⁷⁸⁹ Becker, Art 163 OR, N.16.

edebilecektir⁷⁹⁰. Borçlu, sözleşmenin ihlal edilmesinde kusuru olmadığını ispat ederek, cezaî şart ödemekten kurtulabilecektir. Fakat bu durumu ispatlayamadığı hallerde kusurun ağırlığına göre, hâkim cezaî şartta indirim yapabilecektir⁷⁹¹. Kusurun ölçüsü bakımından ise genel hükümler dikkate alınacaktır⁷⁹².

Cezaî şartın aşırılığının tespitinde sadece borçlunun kusurunun ağırlığı değil, alacaklının birlikte kusuru da önemli bir ölçüttür. Alacaklı ile borçlu asıl sözleşme ihlalinde eşit derecede önemli nedenlerle sorumlu olabilirler. Böyle bir halde alacaklının birlikte kusuru, cezaî şart miktarının belirlenmesinde hâkimin dikkate alacağı önemli ölçütlerden biri haline gelmektedir⁷⁹³.

e. Tarafların Ekonomik Durumları

Cezaî şartın aşırı olup olmadığını belirlerken tarafların ekonomik durumu da yargı kararlarında dikkate alınan bir ölçüttür⁷⁹⁴. Ekonomik durum salt mevcut malvarlığının değil, sözleşmenin yerine getirilmesi ile elde edilecek ekonomik menfaatlerin de değerlendirilmesi halinde sağlıklı sonuç verecektir⁷⁹⁵. Özellikle hâkimin, cezaî şartın miktarına müdahale ederken, borçlunun ekonomik açıdan mahvına neden olmayacak şekilde karara varması gerekmektedir⁷⁹⁶. Bunun için tarafların, hâkimin ekonomik durumları hakkında karara varabilmesi için ihtiyacı olan belgeleri sunmalarında özenli olmaları gerekmektedir⁷⁹⁷.

⁷⁹⁰ Becker, Art 163 OR, N.16; Bentele, s.119; Bilge, s.123; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.149; Kocağa, s.350-351; Gülseven, s.107; Çınar, s.109.

⁷⁹¹ Schoch, s.67; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.148.

⁷⁹² Reck, s.123. Örneğin somut olayda borçlunun sözleşme ihlalinde kastı, hâkimin cezaî şartın aşırı olup olmadığı konusundaki takdir yetkisini etkileyebilecek bir ölçüttür. Bkz. Schoch, s.67.

⁷⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Becker, Art 163 OR, N.16; Schoch, s.67; Bentele, s.119; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.149; Bilge, s.123; Kocağa, s.350; Gülseven, s.107; Çınar, s.109.

⁷⁹⁴ Bu konuda bir Yargıtay kararında “...*Hakim ceza koşulunun fahiş olup olmadığını değerlendirirken, tarafların ekonomik durumları, asil olarak borçlunun ödeme gücü...ölçü alınıp ceza-i şart miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak saptanmalıdır...*” ifadelerine yer verilmiştir. Bu karar için bkz. Y.3.HD., T. 22.12.2016, E. 2015/32576, K. 2016/24049, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018.

⁷⁹⁵ Gauch, Schluep, Rey, Rn.3953; Oser, Schönenberger, Art 163 OR, N.14; Reck, s.124; Keller, Schöbi, s.114; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.149; Eren, s.1217; Çınar, s.100.

⁷⁹⁶ Von Tuhr, Escher, s.285; Becker, Art 163 OR, N.17; Bentele, s.119; Scherrer, s.27; Bilge, s.123; Keser, s.25.

⁷⁹⁷ Reck, s.124.

Taraflarca belirlenen cezaî şart miktarı, borçlunun ekonomik durumunu açık şekilde önemli ölçüde etkiliyorsa, hâkim cezaî şartın aşırı olduğunu takdir ederek indirim yapabilecektir⁷⁹⁸. İsviçre Yüksek Mahkemesi, somut bir olayda cezaî şart miktarının fazla malvarlığına sahip olmayan, evli ve iki çocuk babası bir kişinin aylık kazancının üstünde belirlenmiş olmasını, aşırı miktarda belirlenmiş cezaî şart olarak karara bağlamıştır⁷⁹⁹. Buna karşılık ekonomik durumdan kastedilenin sadece borçlunun ekonomik durumu olmadığı, her iki taraf arasındaki ekonomik durumun tartışılması gerektiği belirtilmektedir⁸⁰⁰. Yine borçlunun, sözleşmeyi ihlal etmekle elde ettiği kazanımlar, cezaî şartın aşırılığının tespitinde dikkate alınabilecek bir ölçüt olarak kabul edilmektedir. Söz konusu ölçüt, özellikle rekabet yasağının ihlali halinde önem kazanmaktadır⁸⁰¹.

f. Asıl Sözleşmenin Türü ve Süresi

Hâkim cezaî şartın aşırı olup olmadığını değerlendirirken, asıl sözleşmenin türünden de ölçüt olarak yararlanabilecektir⁸⁰². Özellikle özel nitelik gerektiren işlerde çalışan işçilerle yapılan iş sözleşmelerinde, bu ölçüt önem arz edebilmektedir. Örneğin özel niteliklere sahip işçi, gördüğü işin gelişimini üçüncü kişilere ifşa ederse, işveren yüksek miktarlarda maddi zararın yanı sıra çoğu zaman manevi zararlar da karşılaşılabilmektedir⁸⁰³. Dolayısıyla sözleşmenin türü, hâkimin cezaî şart miktarının aşırı olup olmadığı konusunda takdirini etkileyebilecek bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sözleşmenin süresi veya ihlal gerçekleştiğinde kalan süre, hâkime takdir hakkını kullanırken yardımcı olabilecektir. Örneğin oldukça kısa süreli işçi istihdamı sağlanan iş sözleşmesi mevcut ise ya da iki yıllık rekabet yasağı sözleşmesinin son

⁷⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Schoch, s.68; Bentele, s.119; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.149-150; Bilge, s.123.

⁷⁹⁹ Bu karar için bkz. BGE, 91, II, 383.

⁸⁰⁰ Reck, s.124; Oser, Schönenberger, Art 163 OR, Rn.16; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.149-150.

⁸⁰¹ Bu örnek için bkz. Schoch, s.67-68. Ayrıca bkz. Becker, Art 163 OR, N.17; Bilge, s.123; Gülseven, s.111.

⁸⁰² Reck, s.123; Bentele, s.119; Buz, s.17; Baycık, **Cezai Şart**, s.5.

⁸⁰³ Reck, s.123.

ayında bir ihlal gerçekleşmiş ise hâkim cezaî şart miktarını aşırı bularak indirim yapabilecektir⁸⁰⁴.

İşçinin belirli süre çalışmasına bağlanan cezaî şartın varlığı halinde, hâkimin indirim yetkisini kullanırken orantı kurma yoluna gittiği yönünde yargı içtihadı da dikkat çekmektedir. Hâkimin, cezaî şartın aşırılığı hakkında karar verirken, cezaî şartın muaccel olduğu ana kadar çalışılan ve çalışılmayan süre arasında orantı kurarak cezaî şart miktarında indirime gidebileceği doktrinde kabul edilmektedir. Kısacası Türk Hukuku'nda, sözleşme kapsamında çalışılan süre ile çalışılmayan süre gözetilerek, cezaî şart miktarında indirime gidilmesi yönünde görüşler mevcuttur⁸⁰⁵. Çalışılan sözleşme süresinin, cezaî şart miktarının aşırılığının tespitinde ve indirim yapılmasında gerekçe bile göstermeden mutlak olarak dikkate alınması gerektiği yönünde birçok Yargıtay kararı da verilmiştir. Hatta çalışılan süre ile orantı kurulduktan sonra yine de cezaî şart aşırı bulunursa diğer ölçütler gözetilerek indirim yapılabileceği yönünde karar verilmektedir⁸⁰⁶. Bununla birlikte aksi yönde görüşler de kayda değerdir⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ Bentele, s.119-120.

⁸⁰⁵ Süzek, s.733; aynı yazar, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.93.Baycık, **Cezai Şart**, s.21-22; aynı yazar, **Değerlendirme 2016**, s.168; Keser, s.25.

⁸⁰⁶ Yargıtay bir kararında şu gerekçelere yer vermiştir: “...3 yıl süreli olarak bağutlanan iş sözleşmesinin 10. maddesinde; davacı ve davalının asgari 3 yıl çalışmayı ve çalıştırmayı karşılıklı olarak kabul ve taahhüt ettikleri, taraflardan birinin, bu sözleşmeyi 3 yıllık asgari çalışma süresi içinde (bu asgari sürenin içindeki 2 aylık deneme süresi hariç olmak üzere) haklı bir neden olmaksızın feshetmesi durumunda işçinin en son brüt ücretinin 5 katı cezaî şart tutarını diğer tarafa fesih tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte çalışılan süre orantı yapılmaksızın itirazsız nakden ödemeyi kabul ve taahhüt ettikleri yönünde hükümler düzenlenmiştir... Dosya içeriğinden, sözleşmedeki düzenlemenin karşılıklılık prensibine uygun olduğu, davacı işçinin işten ayrılış dilekçesinde haklı sebebe dayanmadığı, yargılama aşamasında da bu yönde bir iddiada ve ispatta bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ancak cezaî şart miktarının belirlenmesinde oranlama ve indirim yapılması gerekmektedir. ... halde, davacının çalıştığı ve çalışması gereken süreler oranlanmak ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 182. maddesinin son fıkrası gereği indirim yapılmak suretiyle belirlenecek cezaî şart miktarının, davacının yaptığı cezaî şart ödemesi ile karşılaştırılarak, davacı tarafından fazla ödeme yapıp yapılmadığının tespit edilmesi ve oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken...”. Bu karar için bkz. Y.22.HD., T. 25.09.2017, E. 2015/16776, K. 2017/19242, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018. Aynı yönde bkz.Y.22. HD., T.14.01.2016, E. 2014/26321, K. 2016/631, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018; Y.7.HD., T.13.05.2013, E. 2013/13807, K. 2013/8737, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018. Bu kararlarda çalışılan süre ile orantı kurularak indirim yapılması, herhangi bir gerekçe belirtilmeden mutlak bir ölçüt olarak değerlendirildiğinden kanaatimizce isabetsizdir. Zira bu ölçüte, ihlal gerçekleştiği an ile sözleşme süresi sonunda taraf menfaatlerinin alacağı durum gözetilerek değer atfedilmelidir.

⁸⁰⁷Alpagut, s.200; Karagöz, s.151-152.

Kanaatimizce işçinin, çalıştığı ve çalışmadığı süre arasında orantı kurularak cezaî şartın aşırılığının tespiti ve indirim yapılması, hâkim takdir hakkını kullanan dikkate alabileceği ölçütlerden olabilecektir. Açıklandığı üzere cezaî şartın amaçları esasında borçlunun borca aykırı davranışını önlemek, aykırı davranış halinde ise alacaklı menfaatlerini telafi etmek ve kanundaki yaptırımlar dışında borçluyu cezalandırmaktır. Fakat unutulmamalıdır ki bazı hallerde borca aykırı davranışın, sözleşme süresinin henüz başında veya sonunda gerçekleşmesinin alacaklının menfaatleri bakımından hiçbir farkı olmayabilir. Hatta kimi zaman sözleşme süresinin sonunda gerçekleşen ihlal, alacaklının daha fazla menfaat kaybına dahi uğramasına neden olabilir. Bu nedenle çalışılan süre ile orantı kurularak cezaî şarttan indirim yapılması, her uyumsuzluk bakımından mutlak bir ölçüt olarak değerlendirilmemelidir, somut olayın özelliklerine bakılarak bu ölçüt dikkate alınmalıdır.

g. Asıl Sözleşme İle İlişkili Diğer Haller

Cezaî şart anlaşması imzalanırken, borçlu ekonomik olarak alacaklıya bağımlı durumdaysa, hâkim cezaî şartın aşırı olduğunu takdir edebilecektir. Bu durum ile çoğu kez iş sözleşmeleri için karşılaşılmaktadır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi, genellikle ekonomik olarak zayıf taraf olduğundan, iş sözleşmesinin karşı tarafı olan işverene bağımlı durumda bulunmaktadır⁸⁰⁸. İşte bu bağımlılık yüzünden işçi, aşırı miktardaki cezaî şartı kabul etmek zorunda kalmış olabilir. Bu noktada işçinin irade sakatlığından söz edilemez; ancak hâkimin bu durumu diğer ölçütler ile beraber değerlendirerek cezaî şartta indirim yapması mümkündür. Bu kapsamda hâkimin cezaî şartın aşırılığının tespitinde dikkat aldığı ölçütlerden biri de işçinin ücreti ile cezaî şart arasındaki orantıdır⁸⁰⁹.

Bunun dışında bir başka hal ise cezaî şart anlaşmasının taraflarının tacir olması halidir. Sözleşme tarafları tacir ise basiretli olmaları ve kararlaştırdıkları cezaî şartın

⁸⁰⁸ Reck, s.126; Bentele, s.120. Ayrıca bu konuda Almanya’da verilmiş bir yargı kararı için bkz. BGE, 114, II, 265.

⁸⁰⁹ İşçinin, cezaî şart alacaklısı olduğu bir uyumsuzlukta Yüksek Mahkeme, “...İş sözleşmesinin 6. maddesinde işçi yararına öngörülen cezaî sat 50.000 € olup fahiş durumdadır. Davacının ücretiyle karşılaştırıldığında yaklaşık 16 katına karşılık gelmektedir. Bu itibarla fahiş olan cezaî şarttan indirim yapılmaksızın karar verilmesi de hatalı olup...” şeklinde karar vermiştir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.18.06.2013, E. 2011/16557, K. 2013/18719, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 09.10.2018.

sonuçlarını hesaplamaları beklenmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin borçlu tarafının tacir olması, TTK m.22’ye rağmen yapılan değerlendirmede hâkimin takdirini, istisnai hallerde cezaî şartın aşırı olduğu ve indirim yapılması yönünde etkileyebilmektedir⁸¹⁰.

6. Hâkimin Takdir Yetkisini Kullanırken Dikkate Alacağı Zaman Dilimi

Hâkimin cezaî şart miktarının aşırı olup olmadığını belirlerken hangi zaman dilimini dikkate alacağı özellikle ekonomik değeri değişkenlik gösteren borçların varlığı halinde önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu konuda kanunda herhangi bir hüküm de mevcut değildir. Cezaî şart anlaşmasının yapıldığı zaman, sözleşmenin ihlal edildiği zaman, talep zamanı ya da karar zamanı olarak farklı zaman dilimleri seçenek olarak sunulmaktadır⁸¹¹.

Doktrin ve yargı kararlarında genellikle asıl sözleşmeden beklenen menfaatin tespitinde sözleşmenin ihlal edildiği zamanın, yani cezaî şartın muaccel olduğu zamanın dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Zira bu anda cezaî şart talep edilebilir hale geldiğinden, hukuki denetimi mümkün olacaktır⁸¹². Ayrıca cezaî şart anlaşmasının yapıldığı zamandan, muaccel olduğu zamana kadar taraflar bakımından ortaya çıkan değişiklikler de dikkate alınabilecektir⁸¹³. Cezaî şart anlaşmasının muaccel olduğu zamanın, indirim yapılması için esas alınması gerektiğini savunan bir yazar ise tarafların ekonomik durumu için bir istisna öne sürmektedir. Yazara göre,

⁸¹⁰ Bentele, s.120. Yargıtay’ın, tarafların tacir olmasını dikkate alarak, cezaî şarttan indirim yapılamayacağı yönünde verdiği bir karar için bkz. Y.11.HD., T.5.02.2015, E. 2014/14649, K. 2015/1315, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018.

⁸¹¹ Petitjean, s.107; Becker, Art 163 OR, N.11; Bentele, s.122; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.150.

⁸¹² Palandt, Art 343, Rn.7; Erman/Schaub, Art 343, Rn.4; Becker, Art 163 OR, N.11; Petitjean, s.108; Gauch, Schluep, Rey, Rn.3954-3955; Scherrer, s.30; Bentele, s.122; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.42; Hande Bahar Aykaç, “Bireysel İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezai Şart”, **Legal İSGHD**, C.13, S.50, 2016, s.752; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s.112-113.

⁸¹³ Cezaî şartın muaccel olma zamanının cezaî şartın indirilmesi bakımından esas kabul edilmesinin sakıncaları da vardır. Buna göre cezaî şartın muaccel olduğu zaman ile hâkimin uyuşmazlık hakkında karar verdiği zaman dilimi arasında da tarafların durumlarında değişiklik yaşanabilecektir. Bu gerekçe ile cezaî şartın muaccel olma zamanının esas alınması eleştirilmektedir. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.151. Bir başka sakınca olarak ise cezaî şart anlaşmasının muacceliyet zamanının, cezaî şartta indirim yapılması için esas zaman dilimi kabul edilmesinin, sürekli borç doğuran sözleşmelerde tekrar eden ihlallerin olması halinde sorun yaratabileceği gösterilmektedir. Bkz. Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.9.

tarafların ekonomik durumu ölçüt olarak değerlendirilirken, özel olarak hâkimin karar anı belirleyici olmalıdır⁸¹⁴.

Cezaî şart anlaşmasının yapıldığı anın esas alınması gerektiğini ileri süren görüş haklı gerekçelerle doktrinde fazla taraftar bulamamıştır. Zira cezaî şart anlaşması imzalanırken belirlenen cezaî şart miktarı, daha sonra durumun değişkenlik göstermesine göre farklı yorumlanabilecektir⁸¹⁵.

Doktrinde bir grup yazar, hâkimin karar verdiği anın cezaî şartın aşırı olup olmadığının tespiti için dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir⁸¹⁶. Özellikle son duruşma günün esas alınması taraflar açısından ortaya çıkan tüm değişikliklerin hesaba katılmasını sağlayacağından en isabetli zaman dilimi olarak gösterilmektedir⁸¹⁷. Böylece hâkimin takdir hakkını kullanırken ölçüt alınacak hususlar tam olarak meydana çıkmış olacaktır⁸¹⁸.

Kanun koyucunun bilinçli olarak bir zaman dilimi belirlemeyerek, hâkimi takdir hakkı bakımından sınırlamadığını ileri süren bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre hâkim, cezaî şart anlaşmasının imzalanmasından, hâkimin karar verdiği ana kadar olan zaman dilimi içinden takdir ettiği herhangi bir zamanı esas alabilecektir⁸¹⁹. Bununla birlikte bu görüş, özellikle benzer uyuşmazlıklarda bile birbiriyle çelişen kararlar ortaya çıkarabileceğinden⁸²⁰, kanaatimizce hukuk güvenliğinin zedelenmesine neden olabilecektir.

Hâkimin indirim yetkisini kullanırken dikkate alacağı zaman dilimi bakımından cezaî şart anlaşmasının imza zamanı ile cezaî şartın muaccel olma zamanı

⁸¹⁴ Petitjean, s.109.

⁸¹⁵ Heinrich Siber, **Der Rechtszwang im Schuldverhältniss Nach Deutschem Reichsrecht (1903)**, Kessinger Publishing, 2010, s.152. Örneğin cezaî şart anlaşması imzalandığı ana bakıldığında aşırı miktarda kabul edilebilecek cezaî şart, borç muaccel olduğu anda alacaklının menfaatlerinin artması dolayısıyla aşırı olarak takdir edilmeyip, alacaklının menfaatlerinin korunması amacıyla indirim yapılmayabilir. Bunun tersi olarak cezaî şart anlaşması yapıldığı an bakımından aşırı bulunmayan cezaî şart, borcun muaccel olduğu an durumun değişmesi nedeniyle, alacaklının daha az zarara uğraması dolayısıyla aşırı bulunarak, indirim yapılması gerekebilir. Bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.150-151.

⁸¹⁶ Gauch, Schluep, Rey, Rn.3956; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.151; Gülseven, s.122.

⁸¹⁷ Petitjean, s.109; Bentele, s.122; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.151; Ekinci, s.360.

⁸¹⁸ Prütting, Wegen, Weinreich, Art 343, Rn.9.

⁸¹⁹ MüKoBGB/ Gottwald, Art 343, Rn.19.

⁸²⁰ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.151.

için doktrinde ileri sürülen “ *taraflar nezdinde ortaya çıkan değişikliklerin dikkate alınmadığı*” eleştirisi kanımızca da isabetlidir. Bunun yanı sıra hâkimin karar tarihini dikkate alınması gerektiği görüşü de özellikle Medeni Usul Hukuku bakımından sorunlara neden olabilecektir⁸²¹. Nitekim doktrinde kabul edildiği üzere karar, kural olarak davanın açıldığı zamandaki durum esas alınarak verilmektedir. Davanın açılmasından sonra karar tarihine kadar doğmuş olan haklar için kural olarak aynı davada karar verilemeyeceği, bunun için ayrı bir dava açılması gerektiği savunulmaktadır⁸²². Bu nedenle cezaî şartta indirim yapılması bakımından da medeni usul kuralları çerçevesinde kalınarak, hâkim tarafından esas alınması gereken zaman diliminin kanaatimizce dava açma tarihi kabul edilmesi uygun olacaktır⁸²³.

XI. BORÇLU VEYA ALACAKLININ ÖLÜMÜ HALİNDE CEZAÎ ŞART

Asıl borcun konusunun şahsa sıkı suretle bağlı olduğu haller hariç olmak üzere, borçlunun veya alacaklının ölümü halinde cezaî şart ortadan kalkmamaktadır. Şahsa sıkı suretle bağlı olmayan ve ekonomik değeri haiz her hak gibi, muaccel olmayan cezaî şartın alacaklısının ölümü halinde, cezaî şart talep hakkı mirasçılara geçmektedir⁸²⁴. Aynı durum cezaî şart borçlusunun ölümü halinde de yaşanmaktadır. Nitekim borçlunun ölümü halinde, kural olarak cezaî şartı ifa etme borcu da mirasçılara geçecektir. Hatta ifaya eklenen cezaî şart kararlaştırılmış olması durumunda, asıl borç ile cezaî şartın borçlusu aynı kişi ise her iki borcu ifa yükümlülüğü de mirasçılara geçecektir⁸²⁵.

⁸²¹ Örneğin hâkimin karar vermesi bakımından bilirkişi incelemesi, keşif ve benzeri usuli işlemler, davanın açıldığı tarihteki durum esas alınarak yapılmaktadır. Dolayısıyla hâkimin karar vermesinde önem taşıyan bu gibi işlemler, her durumda karar tarihinden önce yapılmış olacaktır.

⁸²² Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, **Pekcanitez Medeni Usul Hukuku (Atalı)**, 15. bs., İstanbul, On İki Levha, 2017, s.1968. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y.21.HD., 23.06.1998, E.1997/3716, K.1998/4962, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 04.10.2018.

⁸²³ Bu yönde bkz. Günay, s.196. Bu yönde ayrıca bkz. Y.6.HD., T. 11.2.2015, E. 2014/2525, K. 2015/1206, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.10.2018.

⁸²⁴ Schoch, s.53; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.87.

⁸²⁵ Schoch, s.53; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.87; Günay, s.97-98; Ekinci, s.254.

Asıl borcun konusunun kişiye sıkı sıkıya bağlı olması durumunda ise asıl borç, borçlunun ölümü ile mirasçılara geçmeyecek ve ortadan kalkacaktır. Asıl borcun ortadan kalkmasının sonucu olarak cezaî şart talebi de artık sona erecektir⁸²⁶.

İş sözleşmesi bakımından da normal şartlarda işverenin ölümü halinde yerini mirasçıları alacağından, cezaî şart talep hakkı veya ödeme borcu mirasçılara geçecektir. Bununla birlikte işverenin kişiliğinin önem taşıdığı iş sözleşmesinde, işverenin ölümü halinde, asıl borç ile birlikte cezaî şart da ortadan kalkacaktır. İşçinin ölümü halinde ise cezaî şart ödeme/talep etme borcunun mirasçılara geçmeyeceği kabul edilmelidir. Zira işçinin ölümü halinde, kural olarak iş sözleşmesi ve bu sözleşmeden doğan borçlar kendiliğinden sona ermektedir (*TBK m.440*).

⁸²⁶ Schoch, s.53; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.87; Günay, s.98; Ekinci, s.254.

İKİNCİ BÖLÜM

BİREYSEL VE TOPLU İŞ HUKUKU'NDA CEZAÎ ŞART

I. İŞ İLİŞKİSİNDE CEZAÎ ŞART

A. Genel Bakış

İş sözleşmelerinde cezaî şarta sıklıkla yer verilmektedir. Hatta Alman Hukuku'nda yaklaşık olarak her dört iş sözleşmesinden birinde kararlaştırıldığı belirtilmektedir¹. İş sözleşmesinde cezaî şart, her şeyden önce sözleşmeden doğan borcun ihlali, sözleşmenin süresinden önce ve haklı neden olmaksızın feshi halleri için düzenlenmektedir². Kimi zaman sır saklama borcunun veya yan işte çalışma yasağının ihlali için de kararlaştırılmaktadır³. Bununla beraber iş sözleşmesi dışında, iş ilişkisini düzenleyen diğer kaynaklarda (*örneğin iç yönetmelikler*) yer alan cezaî şart, özellikle genel işlem koşulları kapsamında önem arz etmektedir. Bu nedenle bu bölümün başlığı iş sözleşmesi değil, “iş ilişkisinde cezaî şart” olarak belirlenmiştir.

İş sözleşmesinde cezaî şartın geçerliliği bakımından son zamanlarda tartışılan en önemli konu, tip sözleşme içinde cezaî şart belirlenmesidir. Bu durumda cezaî şart, işçiler için hukuka aykırı sonuçlara yol açabilecektir⁴. Bu kapsamda genel işlem koşullarına ilişkin çeşitli denetim yöntemleri, Türk Hukuku'nda TBK m.20-25 hükümleri arasında, Almanya Hukuku'nda ise BGB m.305-310 hükümleri arasında düzenlenmiştir. İşte bu hükümler yoluyla, tip sözleşmelerdeki hukuka aykırı cezaî şart hükümlerinin geçersizliği ileri sürülebilmektedir⁵.

Cezaî şartın işçi aleyhine tek taraflı olarak kararlaştırılmasının geçerliliği konusu da uzun yıllar tartışılmıştır. Bu konu bugün hâlâ önemini korumaktadır. Türk

¹ Hanau, Preis, I B, Rn.154; Tobias Leder, Sascha Morgenroth, “Die Vertragsstrafe im Formulararbeitsvertrag”, *NZA*, 2002, Heft 17, s.952; Theodor Langheid, “Vertragsstrafenvereinbarung in Arbeitsverträgen”, *Der Betrieb*, 1980, Heft 25, s.1219.

² Leder, Morgenroth, s.952; Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Beck'sche-Kurz-Kommentare Band 51, 17. Auflage, München, C.H. Beck, 2017, §339-345, Rn.6; Lohr, s.429.

³ Sandy Bernd Reichenbach, “Konventionalstrafe für den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer”, *NZA*, 2003, Heft 6, s.309; ErfK/Müller-Glöge, §339-345, Rn.6.

⁴ ErfK/Müller-Glöge, §339-345, Rn.7.

⁵ ErfK/Müller-Glöge, §339-345, Rn.7.

Hukuku’nda bu konuda kanunda açık bir hüküm bulunmasına rağmen (*TBK m.420*), İsviçre ve Alman Hukuku’nda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakat genel hükümlerden hareketle, taraf menfaatleri arasında denge kurulmaya çalışılmaktadır. Alman Medeni Kanunu’nda, işçinin iş sözleşmesini feshetmesi halinde, işverenin korunmasına yönelik yeterli hüküm de bulunmamaktadır⁶. Bu nedenle doktrinde ve yargı kararlarında, iş sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılması belirli sınırlar çerçevesinde geçerli kabul edilmektedir⁷.

İşverenin, iş ilişkisinde haklı güvence ihtiyacı, çoğu kez cezaî şart kararlaştırılması yoluyla sağlanabilmektedir. Hatta Alman Hukuku’nda ZPO m.888/3’de açıkça işçinin, iş görme borcunu yerine getirmesi için zorlanamayacağı düzenlenmektedir⁸. Bu hükme bağlı olarak işveren, edimin ifa edilmesine yönelik bir dava açsa dahi, alınan karar icra edilebilir niteliği haiz olmayacaktır. Dolayısıyla işverenin, işçinin iş görme borcunu ihlal etmesi halinde başvurabileceği tek yol, zararın tazminini talep etmektir. Bununla birlikte zararın ve miktarının ispatındaki zorluk, işveren bakımından kimi zaman olumsuz sonuçlara neden olabilmektedir⁹. Tüm bunların yanı sıra kanun koyucunun, Alman Mesleki Eğitim Kanunu¹⁰ (*BBiG*) m.12’de çırakların mesleki eğitim sözleşmesine özel olarak getirdiği cezaî şart kararlaştırma yasağı da göstermektedir ki, iş sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılması genel bir yasak mevcut olmadığından geçerli sayılabilecektir¹¹.

Sözleşmenin ihlalini önlemek için cezaî şart anlaşması yapılarak, alacaklının bir baskı aracına sahip olması amaçlanmaktadır. Böylelikle sözleşme özgürlüğü, cezaî şart anlaşması ile sınırlanmaktadır. Bu bakımdan cezaî şart kararlaştırılırken sözleşme

⁶ Schwerdtner, s.636-637; ErfK/Müller-Glöge, §339-345, Rn.8. Bu doğrultuda bir Alman Federal İş Mahkemesi kararı için bkz. BAG, Urteil vom 19.08.2010, AP BGB §307, N.49.

⁷ Alman doktrininde geçmiş dönemde de iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şartı geçerli kabul eden yazarlar için bkz. Arthur Nikisch, **Lehrbuch des Arbeitsrecht**, Band I, 3.Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1961, s.190; ErfK/Müller-Glöge, §339-345, Rn.8; Schwerdtner, s.637; Böttcher, s.24.

⁸ ZPO m.888’de, borçlunun borcunu mahkeme kararına rağmen yerine getirmemesi halinde, tazyik para cezası ile tazyik hapis cezası uygulanmasına ilişkin şartlar düzenlenmektedir. Buna karşılık aynı maddenin üçüncü fıkrasında, iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunun yerine getirilmesine yönelik karar verilmesi halinde bu hükmün uygulanamayacağı düzenlenmektedir. ZPO m.888 ile cezaî şart ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Lindacher, s.72-73; Heinze, s.249; Josef Popp, “Schadenersatz und Vertragsstrafe bei Arbeitsvertragsbruch”, *NZA*, 1988, Heft 13, s.457.

⁹ Langheid, s.1219; Lohr, s.430; Reichenbach, s.310.

¹⁰ Berufsbildungsgesetz, 23.03.2005, BGBl. I S. 931.

¹¹ Lohr, s.430.

özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılmamasına ve kanuni düzenlemelere uyulmasına özen gösterilmelidir. Bununla beraber iş sözleşmesinde bu sınırlamanın geçerliliği, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılmamış olmasına bağlıdır¹².

B. Genel İşlem Koşulu Bakımından Cezaî Şartın Geçerliliği

1. Genel İşlem Koşulu Kavramı

a. İş Sözleşmesinde Yer Alan Genel İşlem Koşuluna İlişkin Kanuni Düzenlemeler

Sanayileşme sonucunda artan istihdama bağlı olarak, işçi ve işveren ilişkilerinin genel ve yeknesak bir yapıya kavuşturulması zorunluluğu doğmuştur. Dolayısıyla günümüzde birçok işyerinde, her bir işçi ile bireysel olarak yapılan görüşmeler yoluyla sözleşme imzalanması usulünden vazgeçilmektedir. Bunun yerine, işveren tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanmış ve ileride birçok benzer sözleşmede kullanma amacı taşıyan genel sözleşme hükümlerinin, karşı tarafa sunulmasıyla çalışma koşullarının belirlenmesi yoluna gidilmektedir¹³. Özellikle bu tip iş sözleşmelerinde sıklıkla cezaî şart kararlaştırıldığı da belirtilmelidir¹⁴. İş ilişkisinin, önceden hazırlanan genel ve soyut sözleşme hükümleri ile düzenlenmesine ve bu hükümler içerisinde cezaî şart kararlaştırılmasına ilişkin olarak Türk

¹² Bu doğrultuda bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı da vardır. Bkz. Y.HGK., T.24.12.2014, E. 2014/22-624, K. 2014/1077, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 28.10.2018

¹³ Tekinay vd., s.154-155; Sermet Akman, “Genel İşlem Şartları”, **Günümüzde Yargı**, Mart 1979, S.35, s.13; Hatemi/Gökyayla, s.63; Polat Soyer, **Genel İş Koşulları**, İzmir, Yetkin Yayınları, 1987, s.25 vd.; Sarper Süzek, “Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, C.I, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.460; aynı yazar, s.62-63; aynı yazar, **Genel İş Koşulları**, s.5; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.83; aynı yazarlar, **İş Hukuku Ders Kitabı**, C.I: Bireysel İş Hukuku, 2. bs., Ankara, Lykeion Yayınları, 2018, s.18 vd.; Yeşim Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. bs., İstanbul, Beta, 2001, s.61; Orhan Ersun Civan, **Genel İş Koşulları**, İstanbul, Beta, 2015, s.16. Doktrinde İş Hukuku çerçevesinde genel işlem koşulu kavramı yerine, iş sözleşmeleri ile iç yönetmelikleri kapsamak üzere, genel iş koşulu kavramının kullanılması tercih edilmektedir. Bu kavramı kullanan yazarlar için bkz. Soyer, **Genel İş Koşulları**, s.25 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.83; aynı yazarlar, **Ders Kitabı**, s.15; Sarper Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2011, s.5; Gülsevil Alpagut, “Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi ve Esneklik Çerçevesinde Yeni Eğilimler”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C.II, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Beta, 2011, s.1516; Şükran Ertürk, “Genel İş Koşulları ve Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi”, **Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan**, C.I, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı, Y.2013, İzmir 2014, s.89; Civan, s.2 vd..

¹⁴ Atamer, s.117-118.

Hukuku'nda genel bir yasak yoktur. Şüphesiz söz konusu düzenlemeler sıkı denetime tâbidir¹⁵.

Türk Hukuku'nda uzun yıllar, genel işlem koşullarına ilişkin genel bir düzenleme getirilmemiştir. Bu konudaki ilk kanuni düzenleme, sadece tüketicileri kapsamına alan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹⁶'da yer almıştı¹⁷. Bahsi geçen Kanun'un bu tür hükümlerle sıklıkla karşılaşma ihtimali olan tüketici dışındaki kişileri kapsamına almamasından yola çıkılarak, genel işlem koşullarının genel bir düzenlemeye kavuşturulması gerektiği düşüncesi doğmuştur. Bu çerçevede 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ila 25. maddeleri arasında tüm özel hukuk ilişkilerini kapsamına alacak nitelikte açık bir düzenlemeye yer verilmiştir¹⁸. İş Kanunlarında özel bir düzenleme yer almadığından, İş Hukuku'nda genel işlem koşulu niteliği taşıyan tip iş sözleşmeleri ile birlikte, iç yönetmelikler ve işyeri uygulamaları da TBK'nın ilgili hükmü kapsamına girmektedir¹⁹. Bu noktada belirtilmelidir ki İş Hukuku bakımından genel işlem koşullarının uygulanması aslında oldukça yeni bir konudur. Dolayısıyla birçok tartışmalı hususun ortaya çıkması normaldir. Bu tartışmalı hususlara çözüm bulabilmek adına, TBK'daki genel işlem koşulları hükümleri

¹⁵ Alpagut, **Yeni Eğilimler**, s.1516.

¹⁶ RG.T. 08.03.1995, RG.S.22221.

¹⁷ 4077 sayılı Kanun'un, (14.03.2003 tarih ve 25048 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 4822 sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile eklenen) "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" kenar başlıklı 6.maddesinde, genel işlem koşuluna ilişkin bir düzenleme yer almaktaydı. 4077 sayılı Kanun'un yerini, 07.11.2013 yılında yürürlüğe giren 6502 sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun" almıştır; haksız şartlar bu kanunda 5.maddede düzenlenmektedir. Ayrıca bu konuda "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik" yayınlanmıştı. Bkz. RG.T.13.06.2003, RG.S.25137. Bu Yönetmelik yerini, 2014 tarihinde yürürlüğe giren "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik" e bırakmıştır. Bkz. RG.T.17.06.2014 RG.S.29033. Ayrıca genel işlem koşuluna ilişkin TBK öncesi dönem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, I, s.161-162; Atamer, **Genel İşlem Koşulları**, s.9-10; Ertürk, **Genel İş Koşulları**, s.83.

¹⁸ Oğuzman, Öz, I, s.161; Yeşim Atamer, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar**, 8 Nisan 2011, Ankara, BATİDER, 2012, s.10; Atilla Altop, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları", **Prof. Dr.Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul, Çizgi Basım Yayın Ltd. Şti., 2007, s.257; Murat Aydoğdu, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı", **Prof.Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, s.597; Lale Sirmen, "Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar**, 8 Nisan 2011, Ankara, BATİDER, 2012, s.110.

¹⁹ Süzek, **Tip İş Akitleri**, s.460, 463; Ertürk, **Genel İş Koşulları**, s.91 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.15-16.

düzenlenirken dikkate alınan ve uzun yıllardır genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeye sahip olan Alman Hukuku'nun da ele alınması, çalışmamıza önemli oranda katkı sağlayacaktır.

Almanya'da 01.01.2002 tarihinde "Borçlar Hukuku'nun Modernleştirilmesine Dair Kanun"²⁰ yürürlüğe girmiş ve "Genel İşlem Koşulları Hukukunun Düzenlenmesi Hakkında Kanun"²¹ yürürlükten kaldırılmıştır. Fakat bu kanundaki ilgili hükümler (*m.1-11*), BGB'nin Borçlar Hukuku kısmına (*m.305-310*) dâhil edilmiştir²². 2002 tarihli Reform Kanun ile iş sözleşmesinin genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetiminin uygulama alanı dışında tutulmasına yönelik istisna da yürürlükten kalkmıştır (*AGBG m.23/1*)²³.

²⁰ "Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts", 29.11.2001, BGBl. 2001/61. Söz konusu Kanun, 1 Ocak 1900'den beri BGB'de yapılan en kapsamlı değişikliktir ve ön çalışmaları, 1978 tarihinden beri yapılmaktadır. Bu vesile ile ilk kez 1984'de bilim adamları ve uygulamada yetkin kişilerden oluşan Komisyon kurulmuştur. Hükümet Taslağı ise ancak Mayıs 2001'de hazırlanmıştır. Taslak, küçük içerik değişiklikleri ve redaksiyon düzeltmeleri ile beraber 2002 yılında kanunlaşmıştır. Kanun'un hazırlanma süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Däubler/Bonin/Deinert, Einleitung, Rn.1-4; Wolfgang Däubler, "Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht", *NZA*, 2001, Heft 24, s.1329; Wolfgang Zöllner, "Kritische Grundsatzüberlegungen zum AGB-Recht als arbeitsrechtlichem Kontrollinstrument", *ZfA*, 2010, Heft 4, s.640-641. Kanun'un tarihçesi hakkında bkz. Jacob Jousen, "Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform", *NZA*, 2001, Heft 14, s.745-746.

²¹ "Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)", 15.12.1976, BGBl. 1976/142, 15.12.1976.

²² Yeni düzenleme, yürürlük tarihi olan 01.01.2002'den sonra imzalanan tüm sözleşmeler için geçerlidir. BGB'nin söz konusu hükümleri, Yürürlük Kanunu (*Einführungsgesetz zum BGB*, 21.09.1994, *bgbI. S. 2494*) m.229/5 uyarınca, 1.1.2002'den önce hali hazırda imzalanmış olan sürekli borç doğuran sözleşmeler için, *iş sözleşmesi de bu gruba dâhil olmak üzere*, 01.01.2003'den itibaren tatbik edilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Friedrich Hauck, "Die Vertragsstrafe im Arbeitsrecht im Lichte der Schuldrechtsreform", *NZA*, 2006, Heft 15, s.816; MüKoBGB/Basedow, §310, §310, Rn.93; ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.20; Martin Henssler, Heinz Josef Willemsen, Heinz-Jürgen Kalb, **Arbeitsrecht Kommentar**, 7. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2016, § 310, Rn.13; Stefan Lingemann, "Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag", *NZA*, 2002, Heft 4, s.181-182; Manfred Rehinder, "Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen nach der deutschen Schuldrechtsreform", **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s.793-794.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Michael Coester, Dagmar Coester-Waltjen, Rüdiger Krause, Peter Schlosser, **J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§305-310; UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), Berlin, Sellier-de Gruyter, 2013, Anh zu §310, Rn.11-12; MüKoBGB/Basedow, §310, Rn.94; Lohr, s.433; Lingemann, s.182; Katharina Von Koppenfels, "Vertragsstrafen im Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung", *NZA*, 2002, Heft 11, s.600; Soergel-Stein, §23 AGB-Gesetz, Rn.3; Gumpert, BB 1974, s.139; ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.1; Langheid, s.1219; Tim Jesgarzewski, "Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen nach dem AGB-Recht: Konkretisierung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten", **Arbeit und Recht**, 2011, Heft 1, s.9; Zöllner, s.638-639. Ayrıca AGBG dönemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Soergel-Stein, §23 AGB-Gesetz, Rn.3-7; Gumpert, BB 1974, s. 139. İş Hukuku'na dair bu sınırlamanın kaldırılmasının nedeni olarak, işveren tarafından kararlaştırılan hükümlerin yargı denetimi altına alınması ihtiyacı gösterilmektedir.

Federal İş Mahkemesi, bu yasağa rağmen uzun yıllar, Eşit Davranma Kanunu²⁴ (AGG) ile BGB'nin genel hükümlerine dayanarak, içerik denetimi uygulamaktaydı²⁵. Reformla beraber kanun koyucunun, Federal İş Mahkemesi'nin bu uygulamasına dayanak getirmek istediği kabul edilmektedir²⁶.

Yeni düzenleme ile asıl amaçlanan, iş sözleşmelerinin de genel işlem koşulları denetimine tâbi tutulmasını kanuni düzenlemeye kavuşturmadır²⁷. Söz konusu denetim İş Hukuku bakımından oldukça önemlidir. Zira Almanya'da iş sözleşmelerinin yüzde doksanı, tip iş sözleşmesi şeklinde imzalanmaktadır. Bu nedenle taraflar arasında karşılıklı müzakere edilerek oluşturulan klasik iş sözleşmeleri, çalışma hayatında son yıllarda neredeyse herhangi bir role sahip değildir²⁸.

Almanya'da, Reform Kanun'un yürürlüğe girmesi ile beraber, cezaî şarta ilişkin klorlar genel işlem koşulları kapsamında geçersiz kabul edilmiştir (BGB m.309/6). Yani bu düzenlemeye göre, tip sözleşmeler içinde yer alan cezaî şarta dair anlaşma, içerik denetimi yapılmasına gerek dahi olmaksızın geçersizdir²⁹. Kanun koyucu, bu düzenleme ile sözleşmenin sona ermesini engelleyen veya oldukça zorlaştıran, ekonomik yaptırım öngören cezaî şarta karşı koruma getirmeyi amaçlamıştır. Böylelikle bu klorlardan yararlanacak tarafın, haklı menfaati olmadığı

Zira kanunun emredici hükümleri ve toplu iş sözleşmesi yoluyla koruma sağlanmaya çalışılmasının kimi durumda yeterli olamayacağı belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Däubler/Bonin/Deinert, Einleitung, Rn.5-12; Reinhard Richardi, "Gestaltung der Arbeitsverträge durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz", *NZA*, 2002, Heft 19, s.1060. Doktrinde bir yazarın, AGBG'deki İş Hukuku'na ilişkin istisnânın ortadan kaldırılmasına yönelik eleştirisi için bkz. Zöllner, s.640-641.

²⁴ "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz", 14.08.2006, BGBl. I S.1897.

²⁵ Bu yönde bkz. BAG, Urteil vom 27.04.2000, 8 AZR 301/99, *NZA* 2001, s.723; BAG, Urteil vom 13.12.2000, 10 AZR 168/00, *NZA* 2001, Heft 13, s.723.

²⁶ MüKoBGB/Basedow, §310, Rn.97; Lingemann, s.182-183; Von Koppenfels, s.600.

²⁷ Wolfgang Hromadka, "Schuldrechtsmodernisierung und Vertragskontrolle im Arbeitsrecht", *NJW*, 2002, s. 2523; Von Koppenfels, s.598; Jesgarzewski, s.9.

²⁸ Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.1.

²⁹ Henssler, Willemsen, Kalb, § 309, Rn.1; Wolfgang Däubler, Jens Peter Hjort, Michael Schubert, Martin Wolmerath, **Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Hnadkommentar**, 3. Auflage, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2013, §309 BGB, Rn.1; Hauck, s.816.

halde, cezaî şart talep ederek haksız yere zenginleşmesinin engellenebileceği savunulmaktadır³⁰.

Alman Hukuku'nda, uygulamada bir ihtiyaç olarak görüldüğünden, kanunda yer alan cezaî şart yasağının aşılması amacıyla doktrinde çeşitli çareler aranmaktadır. Nitekim kanunda yer alan başka bir hüküm esas alınarak, bir çözüm yolu bulunabileceği üzerinde durulmaktadır. Bu hükümde, genel işlem koşullarının iş sözleşmeleri kapsamında uygulanmasında, İş Hukuku'nda geçerli olan özel düzenlemelerin de dikkate alınması gerektiğine dikkat çekilmiştir (*BGB m.310/4*)³¹. Özel düzenlemeler ifadesine, iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şartın dâhil olup olmadığı ise oldukça tartışmalıdır³². Dolayısıyla Alman Hukukundaki cezaî şart yasağının³³ özellikle iş sözleşmesi çerçevesinde ne oranda geçerli olduğunun incelenmesi, Türk Hukuku'nda uygulamaya yol gösterici olması açısından önemi haizdir.

b. Genel İşlem Koşulu Tanımı ve Unsurları

Türk Borçlar Kanunu m.20/1'de genel işlem koşulu şu şekilde tanımlanmıştır: *“Genel işlem koşulları bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.”*. Bu tanıma benzer nitelikte bir tanım, BGB m.305'de yer almaktadır. Belirtilmelidir ki her iki kanunda da genel işlem koşulunun tanımından ziyade, genel işlem koşulu için aranan unsurlara yer verildiği görülmektedir.

³⁰ Däubler, Bonin, Deinert, §309, Nr.6, Rn.1; Staudinger, Coester-Waltjen (2013), §309, Nr.6, Rn.1; Gerd Brudermüller, Jürgen Ellenberger, Isabell Götz, Christian Grüneberg, Sebastian Herrler, Hartwig Sprau, Karsten Thorn, Walter Weidenkaff, Dietmar Weidlich, Hartmut Wicke, **Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen**, Beck'sche Kurz-Kommentare Band 7, 76. Auflage, München, C.H.Beck, 2017, §309, Rn.33; Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer, **Erman Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar**, Band I, 14. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014, BGB, 14. Auflage, §309, Rn.53.

³¹ HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §305 BGB, Rn.2-4 ve §306 BGB, Rn.5; Niemann, s.96; Hauck, s.816. Ayrıca bkz. ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.3, 103. Bu yönde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 21.06.2011, 9 AZR 236/10, NZA, 2011, Heft 22, s.1274-1279.

³² Staudinger, Coester-Waltjen (2013), §309, Nr.6, Rn.1.

³³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, B, 2, b.

Genel işlem koşulunu kısaca tanımlamak gerekirse, hazırlayanın, sözleşmenin kurulması aşamasında diğer tarafa sunduğu ve birçok sözleşmede kullanılmak amacıyla önceden hazırlanmış sözleşme şartlarıdır³⁴. İş sözleşmesi bakımından da bu tanım farklılık yaratmayacak olup, genellikle düzenleyen tarafta işveren bulunmaktadır³⁵. Ayrıca TBK m.20/3'de yer aldığı üzere, genel işlem koşulu içeren sözleşmeye ya da ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, onları tek başına genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacaktır. Bu hükümle gerçekten taraflarca tartışılmamasına rağmen, hükmü genel işlem koşulu olmaktan çıkarmak amacıyla hareket edilmesi önlenmek istenmiştir³⁶.

Bir sözleşmedeki hükmün genel işlem koşulu sayılması bakımından aranan zorunlu nitelikteki unsurlara kısaca değinilecek olursa, öncelikle sözleşme koşullarının önceden tek taraflı olarak hazırlanması ve karşı tarafa sunulması gerekmektedir. Bu

³⁴ Tekinay vd., s.156; Akman, **Genel İşlem**, s.14; Hatemi/Gökyayla, s.63; Eren, s.215; Süzek, **Tip İş Akitleri**, s.461; Alpagut, **Yeni Eğilimler**, s.1516; Atamer, s.61 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.83; Ayşe Havutçu, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2003, s.74; Adem Yelmen, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.47 vd.. “Birçok sözleşmede kullanılmak üzere” ifadesine genel işlem koşulu uygulaması bakımından “ilk kez” bir sözleşmede kullanılması da dâhil olduğu yönünde bkz. Hromadka, s.2524. Doktrinde başka bir görüşe göre, en az üç defa kullanım ölçütünün kabulünün isabetli olduğu, böylelikle düzenleyenin, bu düzenlemenden menfaati olduğunun anlaşılabilirliği savunulmaktadır. Bu konuda bkz. Henssler, Willemsen, Kalb, BGB, §305, Rn.4-5. Ayrıca bkz. Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.125; Jesgarzewski, s.9. BAG’a göre de en az üç defa kullanılması amaçlanan sözleşme hükümleri kapsama girmektedir. Bu yönde BAG kararı için bkz. BAG, Urteil vom 01.03.2006, 5 AZR 363/05, NZA, 2006, Heft 13, s.746-749. Türk Hukuku’nda da böyle bir sayısal sınırlama kanunda ve uygulamada mevcut değildir. Dolayısıyla çoğunlukla benzer sözleşmelerde kullanılma amacı taşıdığı sürece, ilk kullanımda dahi genel işlem koşulu kabul edilmesi gerektiği kanaatimizce de isabetli şekilde belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Tekinay vd., s.156; Atamer, s.67; aynı yazar, **Genel İşlem Koşulları**, s.16; Aydoğdu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, **DEÜHFD.**, C. 13, S. 2, 2012, s.17-18; Mustafa Arıkan, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları”, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s.70; Civan, s.28.

³⁵ Süzek, **Tip İş Akitleri**, s.464; Alpagut, **Yeni Eğilimler**, s.1516; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.83.

³⁶ Süzek, s.69-70. Sözleşme hükümlerinin bireysel olarak taraflar arasında ele alınması, hükmü genel işlem koşulu içerik denetimi dışına çıkartacağından, gerçek anlamda bir müzakere olması aranmaktadır. Yani hükmü hazırlayan taraf, sözleşmenin karşı tarafına anlaşılır, şüpheye yer vermeyecek ve ciddi olarak hüküm hakkında bilgi vermeli; ayrıca sözleşmenin karşı tarafına sözleşme hükmünün içeriğine gerçekten müdahale etme olanağı tanınmış olmalıdır. Söz konusu hüküm bu şartlarla sözleşmede yer almaktaysa genel işlem koşulu denetimine tâbi olmayacak; buna karşılık ahlaka aykırılık ile dürüstlük kuralı çerçevesinde hukuka uygunluk denetimi uygulanacaktır (*BGB m.138 ve m.242*). Bkz. Ulrich Preis, “AGB-Recht und Arbeitsrecht: Eine Zwischenbilanz”, **NZA**, 2006, Beilage 3, s.116.

koşulların hazırlanması sırasında ileride birçok sözleşmede kullanılmak amacıyla hareket edilmelidir. Kanundaki tanımda yer almasa da doktrinde kabul edildiği üzere, bu koşullar genel ve soyut nitelik taşımalıdır. Ayrıca TBK m.20/3'ün yorumlanması ile ortaya çıkan diğer önemli bir unsur, tarafların sözleşme koşulları üzerinde müzakere etmemiş, yani karşı tarafın söz konusu koşullara etkide bulunmamış olmasıdır. Aksi halde sözleşme hükümlerinin bireysel olarak hazırlandığından söz edilecektir. Söz konusu sözleşme koşullarının genel işlem koşulu sayılması için, sözleşmenin içinde ya da ayrı bir sözleşme metni olarak yer verilmesi, kapsamı veya şekli önem arz etmeyecektir. Buradaki amaç, kanun hükümlerinin dolanılmasını önlemektir³⁷.

İş sözleşmeleri bakımından da genel işlem koşulu unsurları farklılık arz etmemektedir. Yani işveren tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanarak işçiye sunulan ve işçinin müdahale olanağı bulunmadığı, soyut ve genel niteliğe sahip sözleşme hükümleri, genel işlem koşulu sayılmaktadır³⁸.

c. Genel İşlem Koşuluna İlişkin Düzenlemelerin Uygulama Alanı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, genel işlem koşullarının kişi bakımından uygulama alanına herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu düzenleme tüketici, tacir, işçi ve benzeri kişilerin taraf olduğu tüm özel hukuk ilişkilerini kapsamına almaktadır³⁹. Bu nedenle İş Hukuku çerçevesinde genel işlem koşullarının uygulama alanına İşK, TBK, Basın İşK, Deniz İşK kapsamındaki iş sözleşmelerinin yanı sıra, iç

³⁷ Bu unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hromadka, s.2524; Richardi, s.1058; Tekinay vd., s.157-158; Akman, **Genel İşlem**, s. 14-15; Eren, s.219 vd.; Atamer, s.61 vd.; aynı yazar, **Genel İşlem Koşulları**, s.12 vd.; Aydoğdu, s.31; Altop, s.257-258; Havutçu, **Tüketici**, s.80 vd.; Arıkan, s.70; Yelmen, s.55 vd..

³⁸ Bu konuda bkz. Süzek, s.68 vd.; Alpagut, **Yeni Eğilimler**, s.1516; Ertürk, **Genel İş Koşulları**, s.82; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.83; Veli Karagöz, "Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi", **AÜEHFD**, C.VIII, Y.2004, S.1-2, s.595 vd.; Civan, s.23 vd. Alman Hukuku'nda bazı yazarlara göre, en önemli iki şart, sözleşmede yer alan hükmü taraflardan birinin önceden düzenlemiş olması ve ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış olmasıdır. Diğer bir şart ise düzenleyen tarafından sözleşmenin karşı tarafına bu şartların sunulmuş olmasıdır. Genel işlem koşullarının şartlarına dair ayrıntılı bilgi için bkz. HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §305 BGB, Rn.5-13; Richardi, s.1058.

³⁹ Aydoğdu, **Kişî Bakımından Uygulama**, s.3; Sirmen, s.110; Erden Kuntalp, "Bankalar ve Genel İşlem Şartları", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2011, s.91; Civan, s.12.

yönetmelikler, işyeri uygulamaları ve işverenin genel vaatleri girmektedir. Bu noktada toplu iş sözleşmesinin, genel işlem koşullarının uygulama alanına girip girmediğinin ayrıca incelenmesi yararlı olacaktır. Nitekim TBK’da, Alman Hukuku’ndan farklı olarak toplu iş sözleşmesinin genel işlem koşulu içerik denetiminden muaf tutulmasına ilişkin açık bir hüküm yoktur.

6098 sayılı Kanun’da toplu iş sözleşmesinin genel işlem koşulu denetiminden muaf tutulmasına dair bir hüküm olmadığı gibi, denetime tâbi olduğuna dair bir düzenleme de öngörülmemiştir. Fakat toplu iş sözleşmesi özerkliği, bu konuda dayanak alınmaktadır. Nitekim bu özerklik dolayısıyla, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, hâkim tarafından içerik denetimine tâbi tutulması mümkün görülmemektedir⁴⁰. Toplu iş sözleşmesinin içerik denetimine tâbi olmaması görüşünün ötesinde, bu hükümlerin içerik denetimine ihtiyaç duymadığı da belirtilmektedir. Nitekim içerik denetimi öngörülmesinin gerekçesi, sözleşme taraflarından birinin önceden tek taraflı olarak hazırladığı sözleşme hükümlerini karşı tarafla müzakere etmeden dayatmasının ortaya çıkaracağı sakıncaların önlenmesidir. Hal böyleyken toplu iş sözleşmesi taraflarının birbirine denk oldukları ve toplu iş sözleşmesi hükümlerinin Anayasa ile kanuni düzenlemeler gereği müzakere aşamaları geçilerek düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmelerinin hem normatif hem de Borçlar Hukuku’na ilişkin bölümleri için içerik denetimine ihtiyaç olmadığı savunulmaktadır⁴¹.

Bu görüş, toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemle sınırlı olmak üzere, bu sözleşme kapsamındaki işçilerle imzalanan ve toplu iş sözleşmesi hükümlerini aynen tekrar eden genel işlem koşulu niteliğindeki bireysel iş sözleşmesi hükümleri için de geçerli sayılmaktadır. Bu tür hükümlerin içerik denetiminden hariç tutulması görüşü, hâkimin toplu iş sözleşmesi hükmünü dolaylı olarak denetlemesini önlemek amacıyla savunulmaktadır⁴². Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin içerik

⁴⁰ Civan, s.301-302; Gaye Baycık, **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s.196

⁴¹ Bu görüş için bkz. Civan, s.300-302; Baycık, **Yenilik Doğuran**, s.196.

⁴² Bununla beraber toplu iş sözleşmesi kapsamına girmeyen işyerlerinde imzalanan iş sözleşmelerinde, başka işyerinde geçerli olan toplu iş sözleşmesi hükümlerini aynen tekrarlayan veya sadece atıfta bulunan hükümlerin bu işçiler için normatif etkisi olmadığından, genel işlem koşulu içerik denetimine tâbi olması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Civan, s.302-303.

denetiminden muaf tutulması halinde dahi, TSGLK m.33/5 uyarınca, Anayasa'ya ve kanunların emredici hükümlerine uygunluğu denetlenebilecektir⁴³.

Alman Hukuku'nda BGB m.310/4'de, genel işlem koşullarına dair hükümlerin, iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesindeki uygulama alanı belirlenmektedir. Öncelikle kanun koyucu bu fıkranın ilk cümlesinde açıkça, genel işlem koşullarına dair hükümlerin toplu iş sözleşmesine uygulanmayacağını düzenlemiştir. Bu düzenlemenin gerekçesi olarak toplu iş sözleşmesinin sahip olduğu normatif etki ve sözleşme hazırlanırken, her iki tarafın da temsilcilerinin hukuken eşit konumda bulunduğu gösterilmektedir⁴⁴. Böylelikle bu düzenleme yoluyla, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin korunması hedeflenmektedir⁴⁵. Alman Hukuku'nda da toplu iş sözleşmesi hükümlerinin Anayasa'ya, kanunun emredici hükümlerine ve ahlaka aykırı olup olmadığının denetleneceği belirtilmektedir⁴⁶.

Görüldüğü üzere Alman Hukuku'nda açık bir hükümle genel işlem koşulunun uygulama alanı belirlenmişken, Türk Hukuku'nda genel ilkelerden hareket edilerek yapılan yorum yoluyla aynı sonuca ulaşılmaktadır.

2. Alman Hukuku'ndaki Genel İşlem Koşuluna İlişkin Hükümlerin Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

a. Borçlar Hukuku Reformunun Genel İşlem Koşullarına Etkisi

2002 yılında Borçlar Hukuku'nun Modernleştirilmesine Dair Kanun yürürlüğe girmeden önce Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında, işçinin haklı neden olmaksızın sözleşmeyi ihlal etmesine yönelik olarak kararlaştırılan cezaî şart geçerli

⁴³ Civan, s.301.

⁴⁴ Staudinger, Krause (2013), Anh. zu § 310, Rn.87; MüKoBGB/ Basedow, § 310, Rn.95; Däubler/Bonin/Deinert, §310, Nr.24-25; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.33; Däubler, **NZA**, 2001, s.1334; Rehbinden, **Schuldrechtsreform**, s.792.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.87; MüKoBGB/Basedow, §310, Rn.95; Däubler/Bonin/Deinert, §310, Nr.24-25; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.33; Däubler, **NZA**, 2001, s.1334; Hromadka, s.2525; Von Koppenfels, s.598; Richardi, s.1057; Henssler, Willemsen, Kalb, § 310, Rn.116-19; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.19; Hans Brox, Bernd Rüthers, Martin Henssler, **Arbeitsrecht**, 19. Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2016, Rn.179; Rehbinden, **Schuldrechtsreform**, s.792.

⁴⁶ ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.8; Richardi, s.1059-1060.

kabul etmekteydi⁴⁷. Nitekim bu kararlarda, BGB m.339 ve devamı hükümlerinde, borç ilişkileri için geçerlilik şartları düzenlenen cezaî şartın, yine bir borç ilişkisi doğuran iş sözleşmesi için kararlaştırılabilmesinin önünde herhangi bir kanuni engel olmadığına yer verilmekteydi. Dolayısıyla Federal İş Mahkemesi tarafından, genel hükümlerdeki şartları taşıyan gerek sözleşmenin her iki tarafı aleyhine gerekse sadece işveren aleyhine kararlaştırılan cezaî şart geçerli görülmekteydi⁴⁸.

Alman Hukuku'nda, yargı kararlarında olduğu gibi, doktrinde de iş sözleşmelerindeki cezaî şart geçerli kabul edilmekteydi⁴⁹. Gerçekten de cezaî şartın genel hükümlerdeki geçerlilik şartlarını taşıması halinde, genel işlem koşulu şeklinde hazırlanmış bir tip iş sözleşmesinde ya da bireysel hazırlanmış bir sözleşmede bulunup bulunmamasına da önem verilmiyordu⁵⁰. Bu kabulün gerekçelerinden biri olarak ise Alman Mesleki Eğitim Kanunu (*BBiG*) m.12 gösterilmekteydi. Bu hüküm, mesleki eğitim ilişkisine yönelik olarak cezaî şart kararlaştırılmasını açıkça yasaklamaktadır. Buna karşılık İş Hukuku'na ilişkin genel hükümler içinde, iş sözleşmesi bakımından böyle bir yasak hükmüne yer verilmemiştir. Bundan dolayı kanun koyucu, böyle bir yasak getirmek isteseydi, İş Hukuku'na ilişkin hükümler içinde bu yasağa açıkça yer verebilirdi yorumundan hareket edilmekteydi⁵¹.

Doktrinde, iş sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılmasının geçerliliğine ilişkin olarak cezaî şartın amacından da hareket edilmekteydi. Buna göre kanunda, işverenin borca aykırı hareketi bakımından açıkça tazminat yaptırımı yer alırken; işçinin borca aykırı hareketi bakımından herhangi bir tazminat belirlenmemiştir. Dolayısıyla işçinin

⁴⁷ Bu konuda bkz. BAG, Urteil vom 29.11.1995, 5 AZR, 447/94, (Çevrimiçi) www.hensche.de, 29.11.2018; ayrıca bkz. BAG, Urteil vom 13.12.2000, 10 AZR, 168/00, Jurian RS 2000, 10149. 2002'deki Reform öncesinde, Alman Federal İş Mahkemesi, iş sözleşmesinde işçi aleyhine cezaî şart kararlaştırılmasına ilişkin bir engel bulunmadığı yönünde karar vermektedir. Bu yönde bkz. BAG, Urteil vom 05.02.1986-5 AZR 564/84, AP Nr.12 zu Art 339 BGB.

⁴⁸ BAG, Urteil vom 25.10.1994, 5 AZR 304/89, NZA 1995; LAG Berlin, T.19.05.1980, AP Nr. 8, Art 339 BGB.

⁴⁹ Aksi yönde görüşler de ileri sürülmekteydi. Bu yönde bkz. Langheid, s.1219.

⁵⁰ BGB m.305/b'de bireysel düzenlenen sözleşmelerin, genel işlem koşullarına karşı üstünlüğü olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla genel işlem koşulları arasında düzenlenen bir hüküm, daha fazla koruma sağlayan bireysel hazırlanan sözleşme hükmünü uygulama dışı bırakamayacaktır. Doktrinde bu hüküm yararlılık ilkesine (das *Günstigkeitsprinzip*) benzetilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.24-25; Lingemann, s.181; Henssler, Willemsen, Kalb, BGB, §305/b, Rn.1-5; Palandt, Grüneberg, §310, Rn.51. Bu hükmün yararlılık ilkesine benzetilemeyeceği; zira bu ilkenin toplu iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlı uygulama alanı olduğu yönünde bir eleştiri için bkz. Richardi, s.1059.

⁵¹ Bu görüş için bkz. Langheid, s.1219; Lohr, s.429; Reichenbach, s.309.

borca aykırı davranışına karşılık, işverenin de hukuki bir korumaya ihtiyaç duyduğu savunulmaktaydı. Bu bakımdan Reform'dan önce de doktrinde, işveren lehine cezaî şart kararlaştırılabileceği kabul edilmekteydi. Fakat işçinin korunması ilkesi ve cezaî şart kararlaştırılması için haklı menfaat bulunması şart koşularak, cezaî şartın sınırlandırılması gerektiği ileri sürülmekteydi⁵². Dolayısıyla taraflardan birinin önceden düzenlediği iş sözleşmelerindeki cezaî şartın miktarının aşırı olmamasının yanı sıra hakkaniyet denetimine de tâbi tutulması gerektiği savunulmaktaydı⁵³. Bu denetim sırasında işverenin, işçinin borca aykırı davranışı nedeniyle, özellikle zararın ve miktarının ispatı bakımından zorluklarla karşılaşp karşılaşmayacağı ele alınmaktaydı. Bunun sonucunda ispatı zor ve belki de uzun bir süre mümkün olmadığı değerlendirilmesi yapılan hallerde, işverenin cezaî şart kararlaştırılmasında haklı menfaati olduğu kabul ediliyordu. Bu kabule örnek olarak, rekabet yasağına aykırılık ve sır saklama borçlarına aykırılık halinde ortaya çıkan zararın, tam ve kesin miktarının ispatının çoğunlukla yargı kararının verilmesi anına kadar mümkün olmadığı haller gösterilmekteydi⁵⁴.

Genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, 2002 tarihli Reform Kanun ile birlikte Alman Medeni Kanunu'nun Borçlar Hukuku bölümüne dâhil edilmiştir. Bunun yanı sıra iş sözleşmelerinin genel işlem koşulları denetimine tâbi olmadığı yönündeki AGBG m.23'de yer alan istisna hüküm de kaldırılmıştır. Fakat İş Hukuku'na ilişkin düzenlemeler, doktrinde hala süregelen önemli tartışmalara neden olmakta ve birbirinden farklı yargı kararları ortaya çıkmaktadır⁵⁵. Özellikle BGB m.309/6'da yer alan cezaî şart yasağı hükmü ile BGB m.310/4'de yer alan İş Hukuku'na dair özel düzenlemelerin uygulanmasına dair hükmün bir arada yorumlanması konusu tartışmalıdır. Bu tartışmada, iş sözleşmesinde kararlaştırılan

⁵² MüKoBGB/ Gottwald, §339, Rn.19; Schwerdtner, s.631-632.

⁵³ Doktrindeki bu görüş için bkz. MüKoBGB/ Gottwald, §339, Rn.19; Schwerdtner, s.632. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.32; Leder, Morgenroth, s.952; Von Koppenfels, s.598-599. Bu doğrultuda bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 16.03.1994, NZA 1994, Rn.937. Reformdan sonra, bireysel hazırlanan sözleşmeler, genel işlem koşulu denetimine dâhil edilecek midir sorusunun kanunda bir cevabı yoktur. Kanun koyucunun hedefinin, yeni düzenlemeler ile bireysel iş sözleşmelerini içerik denetiminden muaf tutmak olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte aksi görüş de ileri sürülmektedir. Aksi görüş için bkz. Gregor Thüsing, "Was sind die Besonderheiten des Arbeitsrechts?", NZA, 2002, Heft 11, s.594-595.

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Von Koppenfels, s.599; Lingemann, s.191.

⁵⁵ Leder, Morgenroth, s.952; Lohr, s.433-434.

cezaî şartın geçerliliği bakımından çözümlenmesi gereken önemli sorunlarla karşılaşmıştır. Nitekim Reform Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra, reform öncesi döneme göre doktrin ve yargı kararlarında iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın geçerliliğine bakış açısı zorunlu olarak değişikliğe uğramıştır⁵⁶.

b. Cezaî Şart Yasağı

Uygulamada cezaî şarta, iş sözleşmelerinde yaygın bir şekilde yer verilmektedir. İşçinin sözleşmeye aykırı davranması halinde, işveren lehine kararlaştırılan cezaî şartın, işçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması hali dışında, özellikle rekabet yasağına aykırılık ve sır saklama borcuna aykırılık hali için kararlaştırıldığı gözlemlenmektedir. Buna karşılık Reform Kanun ile m.309/6'da sayılan haller için kararlaştırılan cezaî şartın herhangi bir değerlendirmeye dahi tâbi tutulmaksızın geçersiz sayılmasına yönelik bir düzenleme getirilmiştir. Bu noktada tartışma, BGB m.309/6'nın iş sözleşmesi bakımından uygulanıp uygulanamayacağı noktasında düğümlenmektedir⁵⁷.

Alman Hukuku'ndan farklı olarak, Türk Hukuku'nda, genel işlem koşulu olarak cezaî şartın yasak olduğuna ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Hatta kanun koyucu tarafından, Alman Hukuku'ndaki gibi yasak klozları düzenleyen bir kategori hükme yer verilmesi dahi tercih edilmemiştir. Nitekim genel işlem koşulunun geçerliliğinin tespiti, uyuşmazlık halinde hâkimin yapacağı denetime bırakılmıştır⁵⁸. Bunun sonucunda Türk Hukuku'nda, cezaî şarta ilişkin genel hükümler ile genel işlem koşulu denetimine ilişkin hükümlere uyulmak kaydıyla, cezaî şart düzenlenmesi geçerli kabul edilmektedir. İş sözleşmesinde yer alan cezaî şart bakımından da aynı

⁵⁶ Leder, Morgenroth, s.952.

⁵⁷ Bunun yanı sıra rekabet yasağına aykırılık ile sır saklama yükümlülüğüne aykırılık hali için kararlaştırılan cezaî şart, BGB m.309/6'da sayılan haller içinde olmadığından yasak kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. HK-ArBR/Boemke, Ulrici, §309 BGB, Rn.35.

⁵⁸ Hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta, TMK m.1 uyarınca hukuk yaratırken bilimsel görüşler ile yargı kararlarından yararlanabileceğinden yola çıkan bir görüş, AB Yönergesi eki ile BGB m.308-309'da düzenlenen yasak şartların hukukumuz bakımından da dikkate alınabileceğini ileri sürmektedir. Bu görüş için bkz. Eren, s.234. Almanya'da uygulanan BGB m.308-309'da yer alan liste dışında, AB'nin 05.04.1993 tarih ve 93/13 sayılı Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Şartlar Hakkındaki Yönergesi'nin 3. maddesinde ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek 1'de de haksız şartlar liste halinde yer almaktadır.

husus geçerlidir. Tek farkla, bu durumda dikkate alınması gereken bir başka hüküm daha vardır. Bu hüküm, işçi aleyhine tek taraflı olarak konulan cezaî şartın geçersiz olduğunu düzenleyen TBK m.420'dir⁵⁹.

Sonuç olarak, hukukumuzda sözleşmede yer alan cezaî şart her zaman haksız bir genel işlem koşulu olarak sayılmayacaktır. Genel işlem koşulu denetimi kapsamında değerlendirme yapılacaktır⁶⁰. Kanaatimizce de Türk Hukuku'nda kanun koyucunun, Alman Hukuku'ndaki gibi yasak klotları düzenleyen bir kategorik düzenleme yapmayı tercih etmemesi isabetli olmuştur. Kaldı ki baştan böyle bir yasak getirilmesine gerek de yoktur. Zira hâkim, her somut olayın özelliğini dikkate alarak, içerik denetimi kapsamında iş sözleşmesindeki cezaî şart hükmünü geçerli veya geçersiz olarak takdir edebilecektir.

Alman Hukuku'nda ise iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şartın, genel işlem koşulları ile ilişkisi bakımından dikkat çekilmesi gereken en önemli nokta, BGB m.309/6'daki yasağın sadece fıkrada belirtilen içerikteki cezaî şart klotlarını kapsadığıdır. Yani cezaî şart yasağı sadece *“kullanıcıya, edimin kabul edilmemesi veya zamanında kabul edilmemesi hali için, ödemede gecikme (temerrüt) ya da diğer tarafın sözleşmeyi sona erdirmesi (dönmesi)”*⁶¹ için cezaî şart ödenmesi vaat edilmişse” uygulama bulacaktır. Zira kanun koyucu genel bir yasak getirmemiş, sadece kazuiistik olarak sayılan haller bakımından genel işlem koşulu olarak cezaî şart kararlaştırılmasını yasaklamıştır⁶².

Doktrinde BGB m.309/6'da, sadece dört hal bakımından cezaî şart yasağı getirilmesi, farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu görüşler genel

⁵⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, a, (4).

⁶⁰ Atamer, s.117-118; Murat Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları Şerhi (Türk Borçlar Kanunu Madde 20-25)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s.308-309; Karagöz, **Tip İş Sözleşmesi**, s.594-595, 604-606. Ayrıca bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y.11.HD., T.28.04.2016, E.2015/9764, K.2016/4814, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 01.12.2018.

⁶¹ İlk üç hale daha çok satım sözleşmelerinde rastlanmaktadır. Sözleşmenin sona erdirilmesi haline ise sözleşmeden dönme, sözleşmenin iptali, fesih gibi tüm haller, haklı veya haksız olması önem arz etmeksizin girmektedir. Bununla beraber iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından ise BGB m.310/4 hükmünün de dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §309, Rn.55b; Palandt, Grüneberg, §309, Rn.36.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §309 BGB, Rn.36; MüKoBGB/Gottwald, Vor §339, Rn.12; Palandt, Grüneberg, §309, Rn.33; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §309, Rn.55-55b; Däubler/Bonin/Deinert, §309, Nr.6, Rn.2.

olarak üç kategori altında toplanabilir: İlk olarak BGB m.309/6 uyarınca iş sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılmasını mutlak geçersiz sayan görüş, ikinci olarak BGB m.309/6'ya rağmen cezaî şart yasağının iş sözleşmesine uygulanamayacağını kabul eden görüş ve son olarak iş sözleşmesinde cezaî şartı sınırlı hallerde geçerli sayan görüş.

(1) Cezaî Şart Yasağının Mutlak Olduğu Görüşü

İş sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılmasının geçerliğine ilişkin olarak ilk kategoride yer alan görüşe göre, kanundaki düzenleme gereği, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesi dâhil olmak üzere her türlü cezaî şart kararlaştırılması geçersizdir⁶³. Bu görüş, sadece BGB m.309/6'nın lafzından hareket etmektedir. Bununla birlikte görüşün güçlendirilmesi için başka bir gerekçeye dayanılmamaktadır.

(2) Cezaî Şart Yasağının İş Sözleşmesine Uygulanamayacağı Görüşü

Cezaî şart yasağına ilişkin tartışmada, iş sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılmasını herhalde geçerli kabul eden başka bir görüş daha vardır. Bu görüşe göre, BGB m.309/6 hükmü iş sözleşmelerine uyumlu değildir. Bu nedenle söz konusu hüküm, İş Hukuku'nda uygulama alanı bulamayacaktır. Bunun sonucunda hem tip sözleşmelerde hem de bireysel hazırlanmış sözleşmelerde cezaî şartın geçerli olarak kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir⁶⁴.

(3) Cezaî Şart Yasağının Belirli Alanla Sınırlı Olduğu Görüşü

Cezaî şart yasağına ilişkin tartışmada üçüncü kategori altında ele aldığımız görüş, iş sözleşmesindeki cezaî şartı sınırlı hallerde geçerli saymaktadır. Bu görüşteki yazarlar, aşağıda yer verileceği üzere, çeşitli gerekçelerden hareketle cezaî şart hükümlerini geçerli kabul etmektedirler.

⁶³ Däubler, NZA 2001, s.1329.

⁶⁴ Georg Annuß, "AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Wo geht die Reise hin?", Betriebs-Berater Zeitschrift, 2002, s.458.

i. Cezaî Şart Yasağının Hükümde Sayılı Haller İle Sınırlı Olduğu Görüşü

Cezaî şart yasağını sınırlı hallerde kabul eden bir grup yazara göre, işçinin haksız olarak borca aykırı davranmasına yönelik kararlaştırılan cezaî şart, BGB m.309/6 hükmü altında yasak olarak sayılmamıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesinde kararlaştırılan tüm cezaî şart klozlarının geçersiz kabul edilmesi şeklinde kanaat oluşturulması mümkün değildir. Hal böyle olunca, tip iş sözleşmesindeki işçinin borca aykırı davranışına yönelik öngörülen cezaî şart, yasak kabul edilmemelidir. Fakat bu durumda diğer genel işlem klozları gibi cezaî şartın geçerliliği içerik denetimine tâbi olacaktır⁶⁵.

Bu görüşteki başka yazarlara göre ise cezaî şart ne tamamen geçerli ne de tamamen geçersiz denilebilecektir. Buna karşılık Reform'dan sonra, sadece “iş sözleşmesinin sona ermesi”ne ilişkin kararlaştırılan cezaî şartın geçersiz olduğu; bununla beraber işçinin diğer borca aykırı hallerinin yasak kapsamına alınamayacağı savunulmaktadır⁶⁶.

İş sözleşmesinde cezaî şartı sınırlı hallerde geçerli sayan başka yazarlar ise çeşitli yorum metotlarından hareket etmektedir. Öncelikle lafza göre yorum metodu uygulandığında temel olarak hükmün, sadece dört hal için cezaî şart kararlaştırılmasını yasakladığı görülmektedir. Bu dört hal arasında yer alan “*diğer tarafın sözleşmeyi sona erdirmesi*” hali oldukça geniş yorumlanmaya açık bir ifadeye sahiptir. Nitekim bu kapsam altında fesih, tarafların anlaşması ve benzeri tüm sözleşmeyi sona erdiren haller toplanmaktadır. Fakat bu yazarlara göre, kanunun lafzına dayanarak yorum

⁶⁵ Däubler/Bonin/Deinert, §309, Nr.6, Rn.3; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §309, Rn.53; Leder, Morgenroth, s.956; Hauck, s.816-817.

⁶⁶ Kopenfels, **NZA 2002**, s. 598; Lingemann, s.191. Yazarın esas olarak vardığı sonuç ise ileride inceleneceği üzere, iş sözleşmesine tüm aykırılık halleri için BGB m.309/6'daki cezaî şart kararlaştırma yasağının, m.310/4 ile beraber ele alınması gerektiği şeklindedir. Bu sonuç için bkz. Kopenfels, **NZA 2002**, s. 601-602. Buna karşılık Lingemann ise ancak BGB m.310/4 dikkate alınarak cezaî şartın geçerli olarak kararlaştırılabileceğini, bununla beraber m.307'nin içerik denetimi olarak uygulanabileceğini savunmaktadır. Bu konuda bkz. Lingemann, s.191. Aynı yönde bkz. MüArbR/Reichold, §39, Rn.49. Lingemann, bireysel hazırlanmış iş sözleşmelerinin genel işlem koşulu içerik denetiminden muaf olduğunu ifade etmektedir. Zira cezaî şartın, bireysel olarak hazırlanmış bir iş sözleşmesi ile kararlaştırılması, kavramı genel işlem koşulu kapsamından çıkaracağı için sadece hakkaniyet denetimine tâbi tutulmasına yol açacaktır. Bkz. Lingemann, s.184, 192

yapıldığında, işçinin iş sözleşmesinin feshine neden olduğu hallere bağlanan cezaî şart, kanundaki yasak haller içinde sayılmamaktadır⁶⁷.

Hükmün amacı ve düzenleme sürecine göre yorum yapılıncı, kanun koyucunun aslında iş sözleşmesini genel işlem koşulları denetimi kapsamına dâhil etmek istediği anlaşılmaktadır. Böylelikle Reform'dan önce Federal İş Mahkemesi'nin cezaî şarta ilişkin gerçekleştirdiği dayanaktan yoksun içerik denetimine, normatif bir dayanak getirilmesinin hedeflendiği savunulmaktadır⁶⁸. Nitekim Federal Mahkeme'nin bu alandaki kararlarında birlik olmadığı ve dolayısıyla hukuk güvenliğinin sağlanamadığı düşüncesiyle, iş sözleşmelerini genel işlem koşulu denetimi dışında tutan hüküm de yürürlükten kaldırılmıştır⁶⁹. Sonuç olarak bu görüşteki yazarlara göre, amaca ve düzenleme sürecine dayanan yorum sonucunda, tip iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın tamamen yasaklandığına ilişkin genel bir kural olmadığı sonucuna varılmıştır⁷⁰.

ii. İş Hukuku'nda Geçerli Olan Özel Durumlar İfadesine Dayanan Görüş

Almanya'da, doktrinde cezaî şart yasağının sınırlı bir alanda geçerli olduğunu savunan görüşteki yazarların birçoğu, BGB m.310/4 hükmüne dayanmaktadır⁷¹. Bu noktada belirtilmelidir ki BGB m.310 düzenlemesi tamamıyla Alman Hukuku'na özgüdür. Nitekim Türk Hukuku'nda ne cezaî şartı yasaklayan bir genel düzenleme mevcuttur ne de buna istisna getiren böyle bir hüküm bulunmaktadır. Fakat genel işlem koşulu olarak cezaî şart kararlaştırılmasının geçerliliği bakımından önemli tespitler içeren bu görüş, Türk Hukuku'nda gelecekte ortaya çıkması muhtemel sorunlara ışık tutması açısından ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

⁶⁷ Bu görüş için bkz. Leder, Morgenroth, s.953.

⁶⁸ MüKoBGB/Basedow, §310, Rn.97; Thüsing, **Besonderheiten**, s.591; Von Koppenfels, s.600-601.

⁶⁹ ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.1-2; MüKoBGB/Basedow, §310, Rn.97; Lingemann, s.183; Leder, Morgenroth, s.954; Von Koppenfels, s.600-601.

⁷⁰ Bu görüş için bkz. Leder, Morgenroth, s.954.

⁷¹ ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.97; HK-ArbR/ Boemke, Ulrici, §309 BGB, Rn. 36-37; MüKoBGB/ Basedow, §310, Rn.102; MüArbR/Reichold, §39, Rn.49; Reichenbach, s.310. Gottwald, işçinin iş görme edimini yerine getirmemesi haline ilişkin kararlaştırılan cezaî şart ile sınırlama getirilmesi gerektiğini açıkça ifade etmeden, iş sözleşmesinde cezaî şartın BGB m.310/4 gereği kararlaştırılabileceğini savunmaktadır. Bu görüş için bkz. MüKoBGB/Gottwald, Vor §339, Rn.24.

Genel işlem koşulu hükümlerinin uygulama alanına ilişkin BGB m.310/4'ün ikinci cümlesinde, iş sözleşmesine ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükme göre, iş sözleşmeleri bakımından genel işlem koşulu hükümlerinin uygulanması sırasında “*İş Hukuku’nda geçerli olan özel durumlar*” uygun düştüğü ölçüde dikkate alınacaktır⁷². İşte bu hüküm, doktrinde ve yargı kararlarında, genel işlem koşulu olarak cezaî şart kararlaştırılması yasağının aşılmasında adeta bir can simidi muamelesi görmektedir.

Öncelikle BGB’deki hükmün yorumlanması ile ortaya birbiri ile bağlantılı iki önemli sonuç çıkmaktadır. İlk olarak iş sözleşmeleri de genel işlem koşulları denetimi kapsamında sayılabilecektir. İkinci sonuç ise iş sözleşmeleri bakımından genel işlem koşulları hükümleri uygulanırken, İş Hukuku’nda geçerli olan özel durumlar uygun düştüğü ölçüde dikkate alınacaktır. Bununla beraber kanundaki “*uygun düştüğü ölçüde*”⁷³ ifadesi, genel işlem koşullarına ilişkin genel hükümler ile İş Hukuku’nda geçerli olan özel durumlar arasında yerindelik karşılaştırması yapılmasını gerektirmektedir⁷⁴.

Alman Hukuku’nda BGB m.310/4’ün ikinci cümlesinde yer alan düzenlemeye ilişkin ileri sürülen bir görüşe göre, bu düzenleme Borçlar Hukuku’na ilişkin reformun İş Hukuku ayağının çekirdeğini oluşturmaktadır⁷⁵. Fakat BGB m.310/4’de yer alan “*İş Hukuku’nda geçerli olan özel durum*” ifadesi ile ne anlatılmak istendiğine ya da ifadenin kapsamına dair düzenlemenin gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu nedenle de bahsi geçen ifade, eleştiriye ve buna bağlı olarak

⁷² HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.36. Her ne kadar kanun koyucu, Medeni Hukuk ile İş Hukuku arasında eşit seviyede koruma sağlamayı amaçlamışsa da İş Hukuku’nun kendine has özelliklerinin de dikkate alınması gerektiği düşüncesiyle bu istisna hükmünü düzenlemiştir. Bkz. Däubler/Bonin/Deinert, Einleitung, Rn.17. BGB m.310/4, geçici iş ilişkisinde, ödünç alan ile ödünç veren arasındaki sözleşmeyi de kapsamına almaktadır. Buna karşılık çerçeve sözleşmeleri, toplu iş sözleşmesini ve işyeri sözleşmelerini kapsamamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Däubler/Bonin/Deinert, Einleitung, Rn.28/a-30.

⁷³ Bu ifadenin yeterli açıklığa sahip olmadığı, dolayısıyla tespitinde somut olayın koşullarının ele alınması gerektiği yönünde bkz. Jesgarzewski, s.13.

⁷⁴ Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.151. İş Hukuku’ndaki özel durumların dikkate alınmasında üç basamak ele alınmalıdır. İlk olarak klotun, genel işlem koşullarının genel hükümlerine göre ölçülmesi yapılmalıdır. İkinci basamak olarak İş Hukuku’nda geçerli özel durum olup olmadığı tespit edilmelidir. Üçüncü olarak ise böyle bir özel düzenlemenin uygulanması uygun düşer mi sorgulanmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.152.

⁷⁵ Annuß, s.458.

tartışmaya oldukça açıktır⁷⁶. Bu hükmün iş sözleşmesine uygulanmasını isabetli bulmayanlar olduğu kadar⁷⁷, Federal İş Mahkemesi kararlarından yola çıkarak, hükmü lafza ve amaca göre yorumlayarak uygulama alanını belirlemeye çalışanlar da vardır⁷⁸.

Reform Kanun yürürlüğe girdikten sonra ilk olarak yargı kararları ele alındığında, birinci derece mahkemelerden Düsseldorf⁷⁹, Baden-Württemberg⁸⁰ ve Bielefeld⁸¹ gibi iş mahkemeleri, özellikle işçinin iş görmeye başlamaması haline ilişkin kararlaştırılan cezaî şart bakımından, cezaî şart yasağının uygulanması yönünde karar vermekteydi. Buna karşılık Federal İş Mahkemesi'nin 04.03.2004 tarihli dönüm noktası niteliğindeki kararında, ilk kez “*İş Hukuku'nda geçerli olan özel durum*” ifadesine dayanarak, ilk derece mahkeme kararlarından farklı sonuca varmıştır. Bu karar verilirken, Reform Kanun'un hazırlık sürecinin⁸² de dikkate alındığına, kararda ayrıca yer verilmiştir. Buna göre BGB'de gerçekleşen reformdan sonra, tip iş sözleşmesinde yer alan işçinin iş görmeye başlamaması haline yönelik cezaî şart, cezaî şart yasağı uyarınca genel sözleşme hukuku gereği geçersizdir. Fakat İş Hukuku'nda geçerli olan özel durum kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, böyle bir durumun varlığı tespit edilirse cezaî şartın geçerli olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Dolayısıyla bu karara göre, genel cezaî şart yasağı, İş Hukuku'nda mutlak bir uygulama alanı bulmayacaktır. Kuşkusuz böyle bir halde, iş sözleşmesinde yer alan cezaî şart da içerik denetimine tâbi tutulacaktır⁸³.

⁷⁶ Richardi, s.1058. Almanya'da Reform Kanun çalışmaları sırasında “İş Hukuku'na ilişkin özel durum” olarak dini alandaki iş ilişkileri (*Arbeitsverhältnisse im kirchlichen Bereich*) örnek gösterilmiştir. Fakat bu ifadenin, salt bunun gibi İş Hukuku'nun özel bir kolu olan alanlarla sınırlı olmadığı, her iş ilişkisinde dikkate alınacağı kabul edilmektedir. Bu yorum için bkz. Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.149. Bu ifadenin sınırlama içermediği, salt bir örnek olarak verildiği yönünde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, NZA, 2004, Heft 13, s.727-734.

⁷⁷ Bu yönde bkz. Martin Henssler, Graf von Westphalen, **Praxis der Schuldrechtsreform**, 2. Auflage, Recklinghausen, ZAP-Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 2002, §310, Rn.7.

⁷⁸ Palandt, Grüneberg, §310, Rn.51; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.34a; Jesgarzewski, s.13.

⁷⁹ LAG Düsseldorf, T.8.1.2003, 12 Sa1301/02, NZA, 2003, s.382.

⁸⁰ LAG Baden-Württemberg, T.10.4.2003, 11 Sa 17/03, DB 2003, s.2551.

⁸¹ LAG Bielefeld, T.2.12.2002, 3 Ca, 3733/02, Aur 2003, s.124.

⁸² BAG, kanun tasarısının ilk halinin, AGBG m.23'deki istisnaya da yer verilerek genel işlem koşulları denetiminin iş sözleşmelerine uygulanmaması şeklinde olduğuna dikkat çekmiştir. Fakat daha sonra telif üzerine, BGB m.310/4'ün kanuna eklendiği belirtilmiştir. Kanunun hazırlık süreci hakkında bkz. BT-Dr, 14/6857, S.17.

⁸³ BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, NZA, 2004, Heft 13, s.727-734. Ayrıca bkz. BAG, Urteil vom 23.09.2010, 8 AZR 897/08, NZA, 2011, s.89-93; BAG, Urteil vom 18.08.2005, 8 AZR 65/05, NZA 2006, Heft 1, s.34 vd. Ayrıca başka bir Hamm İş Mahkemesi kararında, rekabet yasağının

Federal Mahkeme aynı kararında İş Hukuku'nda geçerli olan özel durum ifadesini de somutlaştırmaktadır. Bu itibarla, ZPO m.888/3, İş Hukuku'nda geçerli olan özel bir düzenlemedir. Nitekim ZPO m.888/3'de işveren tarafından işçinin borcun yerine getirmesi için zorlanması yasaklanmaktadır. Bu hüküm dolayısıyla işçinin haksız şekilde işe başlamaması durumunda, işverenin sadece genel hükümler gereği zararın tazmini talebi ile yetinmesini beklemek yeterli ve adaletli olmayacaktır. Bu nedenle bu hale özgü olmak üzere, işverenin zararı ispat yükünden muaf olduğu bir yaptırım olan cezaî şart kararlaştırılması geçerli kabul edilmektedir⁸⁴.

Kanundaki hükmü, iş sözleşmesindeki genel işlem koşulları bakımından yorumlamayı tercih eden Federal İş Mahkemesi, öncelikle “İş Hukuku'nda geçerli olan” ifadesini değerlendirmiştir. Mahkeme, 2004'den bu yana bu ifadeye sadece hukuki değil, fiili durumun da dâhil olduğu yönünde karara varmaktadır⁸⁵. BAG'a göre, örneğin işverenin zararın ispatında zorluk çekmesine yönelik fiili durumlar ile uzun yıllardır süregelen uygulama, İş Hukuku'nda geçerli olan özel “fiili” durum olarak dikkate alınacaktır⁸⁶. Kararın devamında ise BAG, “hukuki” durumları yorumlamıştır. Bunun sonucunda ise iş sözleşmesinde genel işlem koşulu niteliğindeki cezaî şart bakımından, ZPO m.888/3'deki işçinin iş görme edimini yerine getirmesine baskı ile zorlanamayacağına dair düzenlemeyi, İş Hukuku'nda geçerli olan özel

ihlali hali için kararlaştırılan cezaî şart, yasakla fiilen ilgisi olmadığı gerekçesiyle geçerli kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu sözleşmedeki cezaî şartın içerik denetimine tâbi tutulacağı yönünde karara varılmıştır. Bu karar için bkz. LAG Hamm 14.04.2003 - 7 Sa 1881/02 ve bu konuda değerlendirme için bkz. Henssler, Willemsen, Kalb, BGB Anh. §305-310, Rn.52.

⁸⁴ Leder, Morgenroth da BAG'ın bu kararında olduğu gibi, işverenin, işçinin iş görme edimini ihlal etmesi halinde yeterince korumaya sahip olmadığını; zira ZPO m.888 gereği işçinin ifaya zorlanmadığını, bu nedenle de işverenin elinde fesih dışında, zararın tazmini talepli dava açmaktan başka bir hukuki mekanizma bulunmadığını ileri sürmektedir. Ancak bu davada, zararın ispatının pratikte oldukça zor olduğunun dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu gerekçelerle de yazarlar, işçinin iş görme edimini ihlali haline ilişkin cezaî şart kararlaştırılmasını, işverenin haklı menfaati bakımından isabetli görmektedir. Bu görüş için bkz. Leder, Morgenroth, s.955; MüArbR/Reichold, §39, Rn.49. Benzer yönde bkz. Brox, Rüthers, Henssler, Rn.182.

⁸⁵ BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, NZA, 2004, Heft 13, s.727-734; BAG, Urteil vom 23.09.2010, 8 AZR 897/08, NZA, 2011, Heft 2, s.89-93; BAG, Urteil vom 01.03.2006, 5 AZR 363/05, NZA 2006, Heft 13, s.746-749. Ayrıca çalışma yaşamının özelliklerinin de İş Hukuku'nda geçerli özel durum oluşturacağına istinaden, işletmeden emekliliğin BGB m.310/4 kapsamında fiili özel durum sayılacağı yönünde bir yargı kararı için bkz. BAG, Urteil vom 29.09.2010, 3 AZR 557/08, NZA, 2011, s.206-210.

⁸⁶ BAG, Urteil vom 01.03.2006, 5 AZR 363/05, NZA 2006, Heft 13, s.746-749.

“hukuki” durum saymıştır. Bu gerekçeler ile iş sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılması Federal Mahkeme’ye göre mümkündür⁸⁷.

2004 tarihinden beri yerleşik hale gelen BAG kararlarını, “fiili durum”un kabul edilmesi yönünden eleştiren, ancak nihayetinde aynı sonuca varan yazarlar da vardır⁸⁸. Bu yazarlar eleştirilerinde, hükmün lafzına dayanmaktadır. Buna göre kanun koyucu, düzenlemede “İş Hukuku” ve “geçerli” ifadelerini kullanmayı tercih etmiştir. Buna karşılık iş ilişkisi veya iş yaşamı ya da işçinin durumu gibi fiili durumu da içeren ifadeler kullanılmamıştır. Ayrıca kanunda “geçerli” ifadesine yer verilmiştir. Halbuki fiili durumların “geçerli” olmasından değil, ancak “gerçekliğinden” söz edilebilecektir. Bunun sonucu olarak ise sadece İş Hukuku’na ilişkin normatif düzenlemelerin, hükmün kapsamına girdiği, fiili durumların ise bu kapsamda sayılamayacağı savunulmaktadır⁸⁹. İş Hukuku’nda geçerli olan “özel durumlar” ifadesinden ise diğer hukuk alanlarında da geçerli olan, ama İş Hukuku için özel bir niteliğe sahip olan veya İş Hukuku alanında nicelik olarak kullanım alanı daha geniş olan kuralların anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Buna örnek olarak ise Yüksek Mahkeme’nin kararında olduğu gibi, ZPO m.888/3 düzenlemesi gösterilmektedir. Nitekim bu hüküm sadece İş Hukuku alanında değil, istisna sözleşmesi ve Aile Hukuku’nda da uygulama alanı bulmaktadır. Fakat İş Hukuku’nda kullanım alanı yaygın ve önemi daha fazladır⁹⁰.

⁸⁷ Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, NZA, 2004, Heft 13, s.727-734.

⁸⁸ BAG’ın Reform Kanun yürürlüğe girdikten sonra geliştirdiği içtihadını isabetli görmeyen bir grup yazara göre, BAG’ın İş Hukuku’nda geçerli özel durum olarak kabul ettiği geçmiş içtihadında, cezaî şartı geçerli sayan görüşünü AGBG m.23/1’de yer alan istisna hükmüne dayandırmaktaydı. Oysa ki bugün için söz konusu hüküm artık yürürlükte değildir. Bu nedenle bu içtihadın, İş Hukuku’nda geçerli özel bir düzenleme sayılması ve cezaî şart yasağının uygulanmamasına gerekçe olarak ileri sürülmesi mümkün değildir. Hatta aynı yazarlar, bugün yürürlükte olmayan bir hükmün gerekçe yapılmasını, İş Hukuku’na ilişkin özel düzenlemenin “uygun olduğu sürece” dikkate alınması şeklindeki ifade ile birlikte değerlendirildiğinde sorun oluşturacağını da ileri sürmektedirler. Dolayısıyla İş Hukuku’nda geçerli olan özel düzenlemeler kapsamına yargı içtihadı dâhil olamayacağından, ancak normatif temele dayanılabilecektir. Bu görüş için bkz. Bkz. Däubler/Bonin/Deinert, §310, Rn.89.

⁸⁹ Fakat aynı yazarlar bir parantez açarak, hukuki temelin sadece kanun hükmü olmadığına, normatif temele sahip tüm kuralların bu niteliğe sahip olduğuna dikkat çekmektedir. Bu görüş için bkz. Däubler/Bonin/Deinert, §310, Nr.64-66. Benzer yönde ayrıca bkz. Thüsing, **Besonderheiten**, s.592; Reichenbach, s.312; ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.11. Son yazar, fiili durumların m.310/4 kapsamında değerlendirilebilmesi için normatif olarak yansımaları olması gerektiğine dikkat çekmektedir. Bkz. ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.11. Benzer yönde bkz. Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.147-148.

⁹⁰ Däubler/Bonin/Deinert, §310, Nr.71; Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.149.

Son yıllarda ise doktrinde, Yüksek Mahkeme kararından yola çıkarak sonuca varan görüş yönünde istikrarlı bir ivme yakalanmıştır. Bu görüşteki yazarlara göre ilk olarak, kanunda bahsi geçen İş Hukuku'nda geçerli olan özel durumların ne olduğu sorusuna cevap bulunması önemlidir. Daha sonra ise “*özel durumların*” kapsamı çizilmeye çalışılmaktadır. Buna göre özel durumların sadece hukuki değil, fiili durumları da kapsadığı görüşü son yıllarda doktrinde ağırlık kazanmıştır⁹¹. Boemke/Ulrici, iş ilişkisi için artan düzenleme ihtiyacını içinde barındıran fiili durumların da İş Hukuku'nda özel durum yaratabileceği görüşünün temsilcilerindendir⁹². Bu yazarlar, hukuki düzenlemelerin salt kanunda yer alanlarla sınırlı olmadığını belirtmek suretiyle, hâkim kararları ile oluşan hukuk ile genel hukuk ilkelerinin de özel durumlar kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁹³. Hal böyleyken kanunda yer alan özel durumlar ifadesinin hem genel hukuk düzenlemelerine göre özellik barındıran hem de İş Hukuku çerçevesinde özelliğe sahip olan hükümler olduğu ayrıca belirtilmektedir. Önemli olan ZPO m.888/3'de görüldüğü üzere, İş Hukuku'na özel kabul edilen hükmün, diğer özel hukuk ilişkilerine nazaran özel bir anlama ve merkezi bir kullanım alanına sahip olmasıdır⁹⁴.

Bu gerekçeler ile Reform Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra, cezaî şart yasağının BGB m.310/4 ile aşılabileceği hâkim görüşü oluşturmuştur. Nitekim bu

⁹¹ Palandt, Grüneberg, §310, Rn.51; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.34a; Christian Birnbaum, “Was sind die ‘im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten’?”, *NZA*, 2003, Heft 17, s.946; Reinhard Singer, “Arbeitsvertragsgestaltung nach der Reform des BGB”, *RdA*, 2003, Heft 4, s.199; Jesgarzewski, s.13.

⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.33. Aynı yönde ayrıca bkz. Brox, Rüthers, Henssler, Rn.178; Hauck, s.817.

⁹³ Fakat yazarlar, hâkimin kararları ile oluşan hukukun, belirli sözleşmelere ilişkin geçmiş dönemde verilmiş olan kararlar olmadığına; buna karşılık tüm bu kararlarla ortaya konulan ve yerleşmiş olan ilkeler olduğuna dikkat çekmektedir. Bkz. HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.32.

⁹⁴ HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.33; Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.149. Ayrıca bkz. Birnbaum, s.948. Bu konuda başka bir görüş tarafından, ilk bakışta İş Hukuku'nda geçerli özel durumlar ifadesinden, sadece iş sözleşmesini diğer tüm borç doğuran sözleşmelerden ayıran kuralların anlaşılma olduğu; fakat derine inildiğinde bu bakış açısının sorunlar doğurabileceği savunulmaktadır. Nitekim bu şekilde yorum yapılması, iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şartı geçersiz kılacaktır. Cezaî şart geçersiz kabul edilince, işçi tarafından sözleşmenin haksız şekilde sona erdirilmesi yaptırımsız kalacaktır. Bu nedenle İş Hukuku'na ilişkin özel durumlar ifadesi yorumlanırken, diğer sözleşmelerden farklı olarak, bir hükmün İş Hukuku'nda daha yaygın olduğu sonucuna varılması, iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şartın geçerli olmasını sağlayacaktır. Örneğin, ZPO m.888 hükmü, aynı oranda diğer hizmet doğuran sözleşmeler için de geçerlidir; bu nedenle İş Hukuku için özel olduğu ifade edilemeyecektir. Bu görüş için bkz. Thüsing, **Besonderheiten**, s.592-593.

hüküm gözetildiğinde cezaî şart kararlaştırma yasağı, İş Hukuku'nun özelliği gereği uygulama alanı bulmayacaktır. Bu görüşü savunan yazarlar, yukarıda belirtildiği üzere, geçmiş dönemdeki yargı içtihadında kabul edilen esasları gerekçe olarak göstermektedir⁹⁵. Dolayısıyla cezaî şartı yasaklayan hükme rağmen, iş sözleşmeleri kapsamında bir değerlendirme yapılacaktır. Eğer bu değerlendirmede, geçmiş yargı içtihadında kabul edilen İş Hukuku'nda geçerli olan özel bir düzenleme mevcut olduğu sonucuna ulaşırsa, cezaî şart kararlaştırılması geçerli sayılacaktır. Şüphesiz bu cezaî şartın geçerliliği de son aşamada genel işlem koşulu içerik denetimine tâbi olacaktır⁹⁶. Fakat İş Hukuku'nda geçerli özel durum ifadesi bugüne kadar sadece ZPO m.888/3 çerçevesinde somutlaştırılabilmiştir. Bunun sonucunda iş sözleşmesinde cezaî şart yasağının uygulanmaması, sadece işçinin iş görme borcunu ifa etmeye haksız olarak başlamaması hali ile sınırlı kabul edilmektedir⁹⁷. Buna karşılık iş sözleşmesinde, diğer tüm cezaî şarta bağlanan hallerin, BGB m.309/6 gereği geçersiz kabul edileceği belirtilmektedir⁹⁸.

⁹⁵ Bu görüş için bkz. Leder, Morgenroth, s.956; Henssler, Willemsen, Kalb, BGB Anh. §305-310, Rn.50. Doktrinde bir yazar, Reform Kanun öncesinde yargı içtihadının, İş Hukuku'nda hukuki özel durum çerçevesinde kabul edilip edilemeyeceği tartışmasında bunun mümkün olmadığını; zira kanun koyucunun amacının genel işlem koşulu denetimi kapsamında ele alınacak ölçütler bakımından birlik sağlanması olduğunu belirtmektedir. Nitekim geçmişteki argümanların bunu sağlayamayacağını, fakat bu kabulün, geçmişteki tüm kararlardaki değerlendirmelerin hiçbir şekilde dikkate alınmayacağı şeklinde yorumlanmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu değerlendirmelerin, yeni denetim ölçütleri ışığında dikkate alınabileceğini savunmaktadır. Bkz. Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.150. Thüsing, “İş Hukuku'nda geçerli özel durumlar” ifadesinin tartışılmaya devam edeceğini, zira bu tartışmanın genel klotların kaderi olduğunu ileri sürmektedir. Ancak yargı içtihadının buna içerik ve dogmatik güvence sağlayabileceğini belirtmektedir. Şüphesiz bunun için de zaman gerekmektedir. Bkz. Thüsing, **Besonderheiten**, s.593-595. Benzer görüş için bkz. Däubler, **NZA 2001**, s.1335.

⁹⁶ Palandt, Grüneberg, §310, Rn.11. Hatta doktrinde, cezaî şartın yasak klotlar kataloğunda sayılmasına rağmen, BGB m.310/4 gereği bir değerlendirmeye tâbi tutulması gerektiğinden, iş sözleşmeleri bakımından kanun koyucunun lafzi bir düzeltmeye gitmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §309 BGB, Rn.2.

⁹⁷ Henssler, Willemsen, Kalb, § 309, Rn.9; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.37; ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.97. Ayrıca cezaî şartın geçerli sayılması için İş Hukuku'nda geçerli olan özel bir düzenleme olduğunu açıklama ve ispat yükü bunu ileri süren taraftadır. Bkz. Hauck, s.817. BAG, bir kararında “sözleşme ihlalinin şiddetli” olmasına bağlanan cezaî şartı da BGB m.309/6'da sayılan dört hal için de saymayarak, genel işlem koşulu içerik denetimine tâbi tutmuştur. Bkz. BAG, Urteil vom 18.08.2005, 8 AZR 65/05, NZA 2006, Heft 1, s.34 vd..

⁹⁸ Henssler, Willemsen, Kalb, § 309, Rn.9; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.37; ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.97; MüKoBGB/Basedow, §310, Rn.102; Günther Schaub, Ulrich Koch, Rüdiger Linck, Hinrich Vogelsang, **Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis**, 13. Auflage, München, C. H. Beck, 2009, ArbR-Hdb., §60, Rn.9-10.

BGB m.310/4’de yer alan İş Hukuku’nda geçerli olan özel durumlar ifadesini değerlendiren azınlık görüş ise söz konusu hükmün, uygulamada “boş” bir hüküm olarak nitelendirilebileceğini ve uygulama alanının olmadığını savunmaktadır⁹⁹. Dolayısıyla iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart, kanundaki cezaî şart yasağına ilişkin hükme dayanılarak geçersiz kabul edilmektedir¹⁰⁰.

c. İşçinin Tüketici Kabul Edilmesi Halinde Cezaî Şart

(1) İşçinin Tüketici Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorunu

Türk Borçlar Kanunu m.25’de, sözleşme hükümlerinin içerik denetimi sadece genel işlem koşulları bakımından düzenlenmiştir. Buna rağmen özellikle taraflardan birinin daha zayıf konumda olduğu sözleşmeler dikkate alındığında, genel işlem koşulu niteliği taşımasa bile bazı sözleşme hükümlerine içerik denetimi uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Nitekim genel işlem koşulu niteliğinde olmayan sözleşmede karşı tarafla müzakere etmeden hazırlanan hükümler, içerik denetimine ihtiyaç duyabilecektir. Bununla beraber böyle bir kabulün, sözleşme özgürlüğünün hâkimin denetimi yoluyla sınırlandırılması anlamına geleceği de ifade edilmelidir. Dolayısıyla genel işlem koşulu niteliği taşımayan sözleşme hükümlerinin, içerik denetimine tâbi olabilmesi ancak kanun koyucunun takdirine bağlıdır. Bu kapsamda TKHK’da Tüketici Hukuku’na yönelik hükümler öngörülmesine rağmen; hukukumuzda İş Hukuku alanında henüz açık bir hüküm mevcut değildir. Bu bağlamda Tüketici Hukuku’na yönelik hükümlerin, İş Hukuku alanında imzalanan ve genel işlem koşulu niteliği taşımayan sözleşme hükümlerine etkisinin hem Türk Hukuku hem de konuya ilişkin özel hükümler öngören Alman Hukuku çerçevesinde ele alınması önemlidir.

⁹⁹ Henssler, von Westphalen, §310, Rn.7.

¹⁰⁰ Bu görüş için bkz. Birnbaum, s.944; Daubler, **NZA 2001**, s.1329; Von Koppenfels, s.598. Ayrıca bu görüşün gerekçesi olarak, iş sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılması yasağının kabul edilmesinin temelinde, iş ilişkisinde işçinin işverene karşı ekonomik olarak bağımlı konumda olması gösterilmektedir. Bu nedenle özellikle işveren lehine kararlaştırılan ve sözleşmenin hazırlanması aşamasında, işçinin müdahil olmadığı tip iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın geçersizliğinin kabulü isabetli bulunmaktadır. Bu yorum için bkz. Von Koppenfels, s.600.

Türk Hukuku'nda mülga TKHK m.6/2'de, taraflardan birinin tüketici olduğu her tür sözleşmede yer alan haksız şartların, tüketiciler için bağlayıcı olmayacağına yer verilmişti. Bu hükmü yorumlarsak, tek yanlı hazırlanan ve taraflar arasında müzakere edilmeyen hükümler, içerik denetimine tâbi tutulabilecekti. Bunun için sözleşme hükmünün genel işlem koşulu oluşturmaya gerek yoktu. Yine sözleşme hükümlerinin ileride birden çok sözleşmede kullanılmak amacının bulunması da gerekmemekteydi.

6502 sayılı TKHK'nın 5. maddesinde ise her ne kadar mülga Kanun'daki ifadelerden farklı ibareler tercih edilmiş olsa da kanunun gerekçesinden yola çıkılarak, benzer sonuca ulaşılabileceği ileri sürülmektedir¹⁰¹. Öncelikle haksız şart, TKHK'nın 5.maddesinde; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bu konuya yönelik yaptırım öngörülmüştür. Tüketiciyle imzalanan sözleşmelerde yer alan haksız şartlar, kesin hükümsüzdür. Buna karşılık sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini koruyacaktır. Bu durumda sözleşme hükümlerini düzenleyen, kesin hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı, kalan hükümlerle sözleşme yapmayacağını ileri süremeyecektir. Kanunun ilgili maddesine ilişkin gerekçesinde ise AB Yönergesi¹⁰²,nin iç hukuka aktarılmasının amaçlandığından söz edilmektedir. Sonuç olarak ister genel işlem koşulu ister bireysel hazırlanmış tüketici sözleşmesi hükmü olsun, haksız şart kapsamında değerlendirilebilecektir¹⁰³.

Tüketici sözleşmesinde, tüketicinin zayıf konumda bulunması ve çoğu kez sözleşme hükümlerini müzakere etme imkânı dahi bulunmaması gerçeğinden yola çıkıldığında, genel işlem koşulu oluşturmayan hükümlerin de içerik denetimine tâbi tutulması isabetli kabul edilebilir. İşçinin de genellikle iş sözleşmesinin ekonomik

¹⁰¹ Civan, s.235.

¹⁰² Kanun gerekçesinde bahsi geçen Avrupa Birliği Yönergesi, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında 05.04.1993 tarihli 93/13 No'lu Avrupa Birliği Konsey Yönergesi"dir. Ayrıntılı bilgi için bkz. "Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts", Official Journal of the European Communities, 21.4.1993, L 95/29, (Çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu>, 20.01.2019.

¹⁰³ Civan, s.235.

olarak zayıf tarafı olduğu dikkate alındığında, genel işlem koşullarına ilişkin kanuni düzenlemelerin, bireysel hazırlanan iş sözleşmelerine uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorusu değerlendirilmelidir. Fakat bu sorunun cevabı, Türk Hukuku bakımından mevcut hukuki düzenlemeler karşısında olumsuz olacaktır¹⁰⁴. Zira tüketici sözleşmelerine yönelik getirilen bu düzenlemelerin uygulanması, kişi bakımından sadece “tüketici” niteliği taşınmasına bağlıdır¹⁰⁵. Bu konuda bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da “...açık hüküm karşısında, standart sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarından haksız olanlarının tüketici için bağlayıcı olmadığı kuşkusuzdur. Şu halde hükmün uygulanması alanı, diğer bir ifadeyle haksız şartın tüketiciyi bağlamamasının koşulları, standart bir sözleşmede genel işlem şartının bulunması ve bunun tüketici aleyhine haksız şart içermesidir...” ifadesi ile değinilmiştir¹⁰⁶.

Türk Hukuku’nda, işçinin tüketicilere yönelik düzenlenen haksız şartların içerik denetimine ilişkin koruyucu hükümlerden yararlanıp yararlanamayacağı konusu bakımından, kanunda yer alan “tüketici” ve “girişimci” tanımları da ele alınmalıdır. 6502 sayılı TKHK m.3/1, k’de tüketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Alman Hukuku’ndan farklı olarak tüketici kapsamına sadece gerçek kişiler değil, gerekli koşulları sağlayan tüzel kişiler de alınmıştır¹⁰⁷. Dolayısıyla hukukumuzda tüketici kavramının, kişi bakımından kapsamı genişletilmiştir. Buna karşılık kanundaki tanımdan yola çıkılarak, işçilerin tüketici olarak varsayılmasının mümkün olup olmadığı sorusuna ancak yorum yoluyla cevap bulunabilecektir. Bu noktada önemli olan kavram “mesleki olmayan amaçla faaliyet göstermek” tir. Mesleki faaliyet için faaliyetin devamlılık taşıması, belirli organizasyona sahip bulunması ve faaliyetin yerine getirilmesinde ivazlı olma unsurları bulunmalıdır¹⁰⁸. Kanun koyucu tarafından, mesleki faaliyetin “bağımlı” veya “bağımsız” olması konusunda herhangi bir sınırlayıcı düzenleme getirilmemesinden

¹⁰⁴ Aynı yönde bkz. Karagöz, **Tip İş Sözleşmesi**, s.593.

¹⁰⁵ Oğuzman, Öz, I, s.170; Civan, s.242. Ayrıca bkz. Baycık, **Yenilik Doğuran**, s.214-215.

¹⁰⁶ Y.HGK., T.26.02.2016, E.2014/855, K.2016/187, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 20.01.2019.

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Peter Ulmer, Hans Erich Brandner, Horst-Diether Hensen, **AGB-Recht Kommentar: zu den §§305-310 BGB und zum UKlaG**, 12. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, BGB 310, Rn.55-56; MünchKo./Basedow, BGB 310, Rn.52.

¹⁰⁸ Ozanoğlu, s.674-675; Civan, s.241-242.

hareket edildiğinde, mesleki faaliyet amacıyla kurulan hukuki ilişkilerin tüketici sıfatını taşımayı engellediği sonucuna varılabilmektedir¹⁰⁹.

Mesleki faaliyet kavramından yola çıkıldığında, işçinin bir iş organizasyonu içerisinde ücret karşılığı iş görme edimini yerine getirdiği ve işverene bağımlı olarak mesleki faaliyette bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan doktrinde de ileri sürüldüğü üzere, mevcut kanuni düzenlemeler ışığında, hukukumuzda işçinin tüketici olarak kabul edilmesi kanaatimizce mümkün görülmemektedir. Dolayısıyla tüketicilere münhasıran kanunda yer alan haksız şarta ilişkin içerik denetimi hükümleri, işçiler bakımından uygulama alanı bulamayacaktır¹¹⁰. Hal böyleyken iş sözleşmesi için de genel işlem koşulu olarak kararlaştırılmayan sözleşme hükümlerinin, içerik denetimine tâbi tutulmasını sağlayacak kanuni bir düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir¹¹¹. Fakat uygulamada iş sözleşmelerinin sıklıkla genel işlem koşulu niteliği taşıyan hükümlerle kurulmasından hareketle, işçiler bakımından böyle bir düzenleme getirilmesinin aciliyet taşımadığı da belirtilmektedir¹¹².

Yukarıdaki gerekçeler değerlendirildiğinde işçinin, iş sözleşmesinin tarafı olarak “tüketici” sıfatına sahip olamayacağı çıkarımı yapılabilecekken, özellikle aşağıda incelenen Alman Hukuku’ndaki düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda işçinin tüketici sayılıp sayılamayacağı konusunda duraksama yaşanabilecektir. Fakat bugün için Türk Hukuku’nda, Alman Hukuku’nda kabul edildiği gibi işçinin tüketici sayılması mümkün gözükmemektedir. Zira Alman Hukuku’nda bu kabul, BGB’nin tarihi geçmişi ile Reform Kanun’un hazırlık sürecine dayandırılmaktadır. Oysaki Türk Hukuku’nda iki kavramın gelişimi, kimi zaman amaç ve düzenleme bakımından paralellik izlese de birbirinden bağımsızdır.

Almanya’da Reform Kanun yürürlüğe girmeden önce, tüketiciyi koruyucu düzenlemeler Alman Medeni Kanunu dışında düzenlendiğinden, Tüketici Hukuku ile İş Hukuku’nun iki ayrı özel hukuk dalı olduğu konusunda herhangi bir duraksama

¹⁰⁹ Civan, s.242.

¹¹⁰ Bu görüş yönünde bkz. Civan, s.242.

¹¹¹ Baycık, **Yenilik Doğuran**, s.214-215; Civan, s.242.

¹¹² Civan, s.242-243.

yaşanmamaktaydı¹¹³. Fakat Reform Kanunuyla beraber tüketici ve girişimci kavramları, Alman Medeni Kanunu'nun genel bölümüne entegre edilince, işçinin de tüketici olarak kabul edilip edilemeyeceği konusunda doktrinde tartışma doğmuştur. Nitekim kanun koyucu, BGB m.310/3 ile genel işlem koşullarının tüketici sözleşmelerine uygulanmasında, diğer sözleşme tiplerine oranla yüksek bir koruma seviyesi öngörmüştür. İşçinin de tüketici niteliğine sahip olduğu kabul edilirse, genel hükümlere nazaran yüksek bir korumaya sahip olacaktır¹¹⁴.

Tüketici sözleşmesi, girişimci ile tüketici arasında geçerli olan bir sözleşmedir. BGB m.13'de yer alan tüketici tanımı¹¹⁵ ile BGB m.14¹¹⁶'de yer alan girişimci tanımından yola çıkan bir grup yazar, işçinin de tüketici sayılarak, tüketicilere ilişkin koruyucu normlara tâbi tutulmalarını savunmaktadır¹¹⁷. Bu yazarlara göre, kanunda gerçekleşen reform gereği iş sözleşmesi, kural olarak tüketici sözleşmesi niteliğinde sayılmaktadır. Kanun koyucunun genel hükümlerin merkezine tüketici kavramını koyması ile birlikte, bireysel İş Hukuku çerçevesinde yıllardır benimsenen bazı ilkeler bakımından taş üstünde taş kalmadığı dahi ifade edilmektedir¹¹⁸. Zira BGB m.305 ve devamında yer alan tüketiciyi koruma derecesini artıran birçok hüküm, iş sözleşmelerine de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir¹¹⁹. Nitekim bu görüşü

¹¹³ Däubler, **NZA 2001**, s.1333.

¹¹⁴ HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.4; Preis, s.117; Rehbinder, **Schuldrechtsreform**, s.793.

¹¹⁵ BGB m.13'de tüketici, ticari ya da serbest meslek faaliyeti gösterme amacı olmaksızın hukuki ilişki kuran her gerçek kişi olarak tanımlanmaktadır. Tüketici hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.11; Hromadka, s.2524.

¹¹⁶ BGB m.14'de girişimci, bir hukuki ilişkinin kurulmasında ticari veya serbest meslek faaliyeti gösteren gerçek kişi, tüzel kişi veya tüzel kişiliğe sahip şahıs şirketi olarak tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.5.

¹¹⁷ ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.23; Klaus Hümmerich, Joachim Holthausen, "Der Arbeitnehmer als Verbraucher", **NZA**, 2002, Heft 4, s.173; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.4; Däubler, **NZA 2001**, s.1332. Singer ise işçinin tüketici olup olmadığının tespitinde, salt BGB m.13'ün lafzi ve tarihsel-amaçsal yorumundan yola çıkılmasını eleştirmekte olup, duruma göre oluşan menfaat çizgisinin maddi analizinin önemli olduğunu savunmaktadır. Bu değerlendirme için bkz. Singer, s.196-197.

¹¹⁸ Yazarların işçiyi tüketici kavramına dâhil etmesinin bir gerekçesi, işçi tanımına yer verilmemesine rağmen, "tüketici" kavramının BGB'nin genel hükümler kısmı içine dâhil edilmesidir. Bkz. Hümmerich/Holthausen, s.173-174.

¹¹⁹ Däubler/Bonin/Deinert, §310, Rn.3; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.4; Wolfgang Däubler, "Aktuelle Fragen der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Bezugnahme auf Tarifverträge, salvatorische Klausel, Schriftform, Altersgrenze", **NZA**, 2006, Beilage 3, s.133. Basedow ise işçinin tüketici olmadığı görüşünü savunmakla birlikte, BGB m.310/3'ün işçilere de uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. MüKoBGB/Basedow, §310, Rn.98.

savunan yazarlar, her iki kavrama dair hükümlerin lafzından yola çıkmaktadır¹²⁰. Ayrıca Reform Kanun'un hazırlık aşamasında, Hükümet gerekçesinde yer alan “*İş Hukuku'nda içerik denetiminin koruma derecesinin, diğer özel hukuk dallarının gerisinde kalmaması için çaba gösterildiği*” ifadesinden, tüketiciyi koruyucu hükümlerin kapsamının genişletilerek işçi bakımından da geçerli hale getirilmesinin amaçlandığı anlamı çıkartılabileceği savunulmaktadır¹²¹.

Bu görüş “*mutlak tüketici kavramı (absoluter Verbraucherbegriff)*” olarak nitelendirilerek, taraflar arasında mal veya hizmet alım satımı olup olmadığına bakılmaksızın, işçinin her zaman tüketici ile aynı seviyede tutulması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu husus sadece iş ilişkisi devam ederken değil, iş sözleşmesi imzalanırken ve sona ererken de geçerlidir¹²². Belirtilmelidir ki işçinin tüketici sayılarak, tüketici sözleşmelerine ilişkin hukuki koruma kalkanı altına alınması, bugün için bahsi geçen kanuni düzenlemeler ışığında, Alman doktrinde hâkim görüşü oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu hukuk sisteminde, Türk Hukuku bakımından kulağa oldukça yabancı gelse de, iş ilişkisinde işveren girişimci, işçi tüketici olarak kabul edilmektedir. Zira işveren işçiyi, işyerinin ekonomik varlığını sürdürebilmesini sağlamak amacıyla çalıştırmaktadır. Buna karşılık örneğin, bir ev hanımı tarafından, ev işlerine yardım etmesi gibi özel bir amaca dayanarak bir işçi ile sözleşme imzalanmışsa ne ev hanımı girişimci ne de işçi tüketici olarak kabul edilmektedir¹²³. Hükümet gerekçesi de ele alındığında, bu düzenlemelerin esas amacı, genel işlem koşulu içerik denetimi yapılması yoluyla, taraflar arasındaki eşit olmayan pozisyonun eşitlenmesinin sağlanmasıdır. Bu kabul halinde, sanki ilk bakışta sözleşme özgürlüğü

¹²⁰ ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.2; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.5; Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.109.

¹²¹ Hükümet gerekçesi için bkz. BT-Drs 14/6857, s.53, (Çevrimiçi) <https://dejure.org>, 20.12.2018. Bu gerekçe yönünde bkz. ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.2; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.5; Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.109; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.32; Hümmelich, Holthausen, s.176; Richardi, s.1057. İşçinin tüketici sayılmasını isabetli bulmamak ile birlikte, kanun tarafından getirilen hüküm ile amaçlanan işçinin, tüketiciyi koruyucu hükümler kapsamına alınması olmadığını, gerçek amacın iş sözleşmesi için de daha fazla şeffaflık ve açıklık sağlanması ile hukuki alanlar arasındaki farklılıkların azaltılması olduğunu savunan görüş için bkz. Hromadka, s.2524.

¹²² Hümmelich, Holthausen, s.176.

¹²³ HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.6; Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.112; Hromadka, s.2524; Däubler, s.133.

sınırlanıyor gibi bir sonuca varılabilecekse de aslında tam tersi olarak bu özgürlüğün varlığının güçlendirildiği kabul edilmektedir¹²⁴.

Söz konusu görüşe karşılık, Reform Kanun'un hazırlık aşamasından yürürlüğe girdiği ilk yıllara kadar savunulan aksi görüş de vardır. Fakat bu görüş, yerleşik hale gelen yargı kararları da dikkate alınarak önemini günümüzde kaybetmiştir. Bu görüşe göre işçi, tüketici sayılamayacaktır¹²⁵. Doktrinde bu görüşü savunan bir grup yazar, mutlak bir tüketici kavramından çok, özel bir tüketici kavramının kabul edilebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüş ise “*nispi tüketici kavramı (relativer Verbraucherbegriff)*” olarak nitelendirilmektedir¹²⁶. Bu görüşe göre, İş Hukuku ile Tüketici Hukuku alanında yer alan ayırım, Reform Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra da devam etmektedir. Zira işçi, iş sözleşmesi yapıldığı sırada işverene karşı tüketici konumunda değildir¹²⁷. Yine kanundaki tüketici tanımına göre, tüketici ile sözleşme imzalayan kişi işveren olarak da nitelendirilmemiştir. Bu kişi, BGB m.14 uyarınca girişimci sıfatına sahip kabul edilmiştir¹²⁸. Bunun yanı sıra tüketici, ücret karşılığı ürün veya hizmet elde ederken, işçi tam tersi olarak iş görme borcu karşılığı ücret elde etmektedir. Bu nedenle de işçi, ticari alanda girişimci olarak nitelendirilen işverene karşı kişisel olarak

¹²⁴ Henssler, Willemsen, Kalb, § 310, Rn.13.

¹²⁵ Jobst-Hubertus Bauer, Martin Kock, “Arbeitsrechtliche Auswirkungen des neuen Verbraucherschutzrechts”, **DB 2002**, s.43; Lingemann, **NZA 2002**, s.184; Ivo Natzel, “Schutz des Arbeitnehmers als Verbraucher?”, **NZA**, 2002, Heft 11, s.595; Manfred Löwisch, “Zweifelhafte Folgen des geplanten Leistungsstörungsrechts für das Arbeitsvertragsrecht”, **NZA**, 2001, Heft 9, s.465; Hromadka, s.2524.

¹²⁶ Bu görüşü nispi olarak nitelendiren yazar için bkz. Hümmerich, Holthausen, s.175.

¹²⁷ Bauer, Kock, **DB 2002**, s.44.

¹²⁸ Löwisch, s.466; Joussen, **NZA 2001**, s.749; Lingemann, s.184. Däubler bu iddiayı, iş gücü istihdam edenlerin de BGB m.14'deki girişimci tanımına sokulabileceği ifadesi ile çürütmeye çalışmaktadır. Bkz. Däubler, **NZA 2001**, s.1333.

yükümlüdür¹²⁹. Dolayısıyla tüketici koruma mekanizmalarının uygulama alanına dâhil edilmesi isabetli bulunmamaktadır¹³⁰.

Konunun yargı kararları boyutu ele alındığında ise BAG'ın, 25.05.2005 tarihli ilk kararı ile beraber yerleşik hale gelen kararlarında, sözleşmenin kurulması anında dahi işçiyi tüketici olarak kabul ettiği görülmektedir¹³¹. Bu kabulün en önemli sonucu, tüketiciye ilişkin genel işlem koşullarını özel olarak düzenleyen BGB m.310/3'ün, iş sözleşmelerine de uygulanacak olmasıdır¹³².

(2) İşçinin Tüketici Kabul Edilmesinin Cezaî Şarta Etkisi

Alman Medeni Kanunu'nda genel işlem koşulları hükümlerinin uygulanmasında tüketiciler için özel düzenleme getiren BGB m.310/3'ün, işçinin tüketici sayılması halinde iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart üzerinde de etkisi olmaktadır. Bu durumda iş sözleşmesi ister genel işlem koşulu unsurları taşıyın, ister bir defalık geçerli olmak üzere düzenlenmiş olsun aksi ispat edilmedikçe işveren tarafından hazırlanmış kabul edilip, genel işlem koşulu içerik denetimine tâbi tutulacaktır¹³³. İşçinin tüketici sayılmasının ortaya çıkardığı en büyük farklılık budur. Bu nedenle iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şartın geçerliliği bakımından, yasak hükmü ile bu yasağı aşmak için ileri sürülen görüşlerin ortaya çıkardığı hukuki

¹²⁹ Bauer, Kock, **DB 2002**, s.42-43; Löwisch, s.465; Hromadka, s.2524; Lingemann, **NZA 2002**, s.181. Ayrıca nispi tüketici kavramı görüşünü savunan yazarlar, BGB m.13'de yer alan tüketici kavramına ilişkin "*ticari ya da serbest meslek faaliyeti gösterme amacı olmaksızın hukuki ilişki kuran her gerçek kişi*" tanımının, işçinin iş sözleşmesi imzalaması ile ilişkilendirilemeyeceğini savunmaktadır. Zira tüketicinin, kullanmak ve tüketmek amacıyla hizmet veya ürün alımı için hukuki ilişki kurmasına karşılık, işçi ücret karşılığı iş görme edimi yerine getirmektedir. Şüphesiz işçi elde ettiği kazancı tüketebilecektir; ancak bu husus onu işveren karşısında tüketici konumuna sokmamaktadır. Ayrıca yazar, İş Hukuku'nun özel ve kamu hukukuna ilişkin boyutlara sahip olduğundan farklı ve özel hükümlerle düzenlendiği, bu nedenle açıkça tüketici düzenlemelerine dâhil edilmedikçe aksinin savunulmasını isabetli bulmadığını belirtmektedir. Tüm bu gerekçelerle ne lafzı ne anlamı ne amacı ne de kanun koyucunun iradesinin, işçiyi tüketici olarak ele almak olduğunu savunmaktadır. Bu görüş için bkz. Natzel, s.595-597.

¹³⁰ Natzel, s.596; benzer yönde bkz. Löwisch, s.466.

¹³¹ BAG, işçinin tüketici kabul edildiği bir kararında, tüketici kavramının hukuk tekniği bakımından bir üst kavram olduğunu belirtmektedir. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 25.05.2005, 5-AZR 572/04, **NZA**, 2005, Heft 19, s.1111-1117. Ayrıca bkz. BAG, Urteil vom 23.09.2010, 8 AZR 897/08, **NZA** 2011, Heft 2, s.89-93.

¹³² Henssler, Willemsen, Kalb, § 310, Rn.3; Preis, s.117; ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.23; Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.113; Hümmerrich/Holthausen, s.174; Brox, Rürthers, Henssler, Rn.177.

¹³³ Fuchs, Bieder, Anh. BGB 310, Rn.14; Palandt, Grüneberg, Rn.51.

sonuçlar, iş sözleşmesi tüketici sözleşmesi kabul edilse de uygulama alanı bulacaktır. Böylelikle iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şarta ilişkin yasak hükmü aşılarak, geçerli olduğu kabul edildiğinde, içerik denetimine tâbi olacağı gibi, tüketicilere ilişkin özel düzenlemeler de uygulanacaktır¹³⁴.

Tüketiciler için öngörülen özel düzenlemeler üç bent halinde BGB m.310/3'de yer almaktadır.

Birinci bende göre, tüketici/işçi tarafından sözleşmeye eklenmedikçe, genel işlem koşullarının girişimci/işveren tarafından hazırlanarak karşı tarafa sunulduğu varsayılacaktır¹³⁵. Halbuki genel işlem koşullarına ilişkin genel düzenlemede, bir unsur olarak önceden hazırlanmış sözleşme hükümlerinin, sözleşme kurulurken karşı tarafa sunulması yer almaktadır (BGB m.305). İşte BGB m.310/3 uyarınca, genel işlem koşullarını karşı tarafa sunan kişinin, girişimci/işveren olduğu kabul edilmektedir. Böylelikle işverenin dahli olmadan iş sözleşmesi koşullarının, sözleşmeye yerleştirilemeyeceği aksi ispat edilebilir bir karine olarak kabul edilmiştir¹³⁶. Bu hükümle amaçlanan, genel işlem koşullarını düzenleyen tarafın rolünü tahsis etmektir¹³⁷. Bununla beraber m.310/3'deki karine, önceden düzenlenen sözleşme hükümlerinin işveren tarafından değil, işveren veya işçi ile ilgisi olmayan herhangi bir üçüncü kişi tarafından sözleşme içeriğine dâhil edilmesi halinde önemi haizdir¹³⁸. Bu

¹³⁴ Fuchs, Bieder, Anh. BGB 310; Palandt, Grüneberg, Rn.51; Ulmer, Schäfer, BGB 310, Rn.78.

¹³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Palandt, Grüneberg, §310, Rn.12-14; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.13-17; Däubler, s.133. BGB m.310/3'ün ikinci bendinin doğurduğu hukuki sonuç ise maddede belirtilen şartların sağlanması halinde, BGB m.305/c, 2, m.306, m.307-309 ve ayrıca BGB Yürürlük Kanunu m.46/b'nin uygulama alanı bulmasıdır. Bu konuda bkz. Däubler/Bonin/Deinert, §310, Rn.21. Bahsi geçen hükümler kısaca ele alınırsa; BGB m.305/c, 2 uyarınca sözleşmede yer alan bir defaya mahsus hükümlerin yorumlanmasında şüpheye düşülecek olması halinde, işveren aleyhine yorum yapılması gerekmektedir. BGB m.306 uyarınca ise tüketici/iş sözleşmesi hükümlerinden birinin genel işlem koşulları bakımından geçersiz olması halinde, kalanının geçerli olması ve geçersiz hüküm yerine kanuni düzenlemenin uygulanacak olmasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Richardi, s.1059. En önemlisi ise bir defaya mahsus olarak müzakere edilmeksizin önceden düzenlenen sözleşme hükümlerinin de m.307-309'da yer alan genel işlem koşulu içerik denetimine tâbi tutulmuş olmasıdır. Bahsi geçen hukuki sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Däubler/Bonin/Deinert, §310, Rn.16-20; Brox, Rütters, Henssler, Rn.177.

¹³⁶ Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.16; Palandt, Grüneberg, §310, Rn.13. Kanun koyucu, düzenlemede "meğer ki" bağlacını kullanarak, işverenin böyle bir istisnai durumu iddia etmesi halinde bu iddiasını ispat etmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Bu konuda bkz. Henssler, Willemsen, Kalb, §310, Rn.4; Palandt, Grüneberg, §310, Rn.12; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.37.

¹³⁷ Däubler/Bonin/Deinert, §310, Rn.5; Palandt, Grüneberg, §310, Rn.13; Ulmer, Schäfer, BGB 310, Rn.71.

¹³⁸ Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.16; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.8-10; Däubler/Bonin/Deinert, §310, Rn.5; Palandt, Grüneberg, §310, Rn.12.

gibi durumlarda işveren, bu hükümleri düzenleyen olmasa bile, karine gereği düzenleyen taraf olarak kabul edilmektedir¹³⁹.

İkinci bentte yer alan diğer özel düzenlemeye göre, önceden düzenlenen sözleşme hükümleri bir defa kullanılmak için belirlenmiş ve tüketicinin de içeriğine etkisi olmamışsa, içerik denetimi hükümleri uygulanabilecektir. Bu düzenleme ile genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulama alanı genişletilerek, bir defalık kullanım için öngörülen sözleşme hükümleri de denetime dâhil edilmiştir¹⁴⁰. Halbuki genel düzenlemedeki koruma, ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere önceden belirlenen sözleşme hükümleri bulunmasını şart koşmaktadır (*BGB m.305*). Bu nedenle de içerik denetimi kural olarak “genel” işlem koşulları ile sınırlı olarak yapılmaktadır. Böylelikle tüketicinin/işçinin korunması amacından hareketle, bir defa kullanılmak üzere düzenlenen hükümler de genel işlem koşulu içerik denetimi kapsamına alınmıştır¹⁴¹. Kanundaki bu düzenlemenin uygulanması için ise iki şart aranmaktadır. İlk olarak bu hükümlerin önceden düzenlenmiş olması¹⁴², ikinci olarak ise tüketicinin sözleşme hükmünün içeriğine müdahale olanağının bulunmamış olmasıdır¹⁴³. Fakat hem işçinin sözleşmenin müzakeresi sırasında zayıf konumda

¹³⁹ Däubler/Bonin/Deinert, §310, Rn.6; Henssler, Willemsen, Kalb, § 310, Rn.6; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.8, 10.

¹⁴⁰ ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.23; MüKoBGB/Basedow, §310, Rn.98; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.18-21; Palandt, Grüneberg, §310, Rn.15; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.12; Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.125; Henssler, Willemsen, Kalb, § 310, Rn.7; Däubler/Bonin/Deinert, §310, Rn.7.

¹⁴¹ Henssler, Willemsen, Kalb, § 310, Rn.7; Däubler/Bonin/Deinert, §310, Rn.7; Preis, s.117. İşçinin tüketici sayılması şartıyla, tip sözleşme şeklinde olmayan, yani bir kerelik hazırlanan iş sözleşmelerinin de genel işlem koşulu içerik denetimine tâbi olacağı şeklindeki görüşün kabul edilebileceğini savunan yazar için bkz. Lingemann, s.183-184.

¹⁴² Önceden düzenlenme koşulu ile kast edilen, işveren tarafından sözleşme imzalanmadan önce tek taraflı olarak belirlenen ve işçiye şart koşulan sözleşme hükümleridir. Taraflar sözleşme imzalanırken işverence tek taraflı olarak hazırlanan bu taslak sözleşme hükümleri üzerinde anlaşılmaktadır. Hatta önceden düzenlemenin illa yazılı olması gerekmediği, düzenleyenin düşündüğü ve sözleşme imzalanırken yazıya geçirdiği hükümlerin de önceden düzenleme koşulunu yerine getirdiği kabul edilmektedir. Bu hükümleri, işverenin ya da taraflar dışında üçüncü bir kişinin hazırlamış olması ve sözleşmeye dâhil edilmesi de önemli değildir. Bkz. Däubler/Bonin/Deinert, §310, Rn.9-11; Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.122-123; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.19.

¹⁴³ Söz konusu iki şarta dair ayrıntılı bilgi için bkz. Däubler/Bonin/Deinert, §310, Rn.9-15; Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.122-126; Palandt, Grüneberg, §310, Rn.17; Ulmer, Schäfer, BGB 310, Rn.80. Tüketicinin sözleşme içeriğine etki etmemesi koşulu aslında BGB m.305/1’in üçüncü cümlesinde yer alan düzenlemenin aksi anlamından da çıkmaktadır. Nitekim bu hüküm, sözleşme hükümlerinin taraflar arasında bireysel olarak kararlaştırılması halini genel işlem koşulu dışında tutmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Däubler/Bonin/Deinert, §310, Rn.12-13a; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.13. Ayrıca bkz. Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.126; Palandt, Grüneberg, §310, Rn.17; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.20.

olmasından hem de bu şartların gerçekleştiğinin işçi tarafından ispatının zor olmasından dolayı, genellikle işçinin bu hükümlere müdahalesinin bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁴⁴.

Kanunda tüketiciler için öngörülen son düzenleme ise üçüncü bentte yer almaktadır. Buna göre içerik denetimi sırasında, sözleşmenin kurulması anındaki mevcut durum da dikkate alınacaktır¹⁴⁵. Kuşkusuz bu hükümle, genel işlem koşulunun içerik denetiminde tüketici/iş sözleşmesi bakımından hâkimin takdir hakkının genişletildiği belirtilmelidir¹⁴⁶. Böylelikle BGB m.307/1 uyarınca içerik denetimi yapılırken, salt genel ve olağan durumla yetinilmeyecek, iş sözleşmeleri için sözleşmenin kurulması anındaki bireysel ve somut durum da dikkate alınacaktır¹⁴⁷. Bireysel ve somut durumun dikkate alınması ile ortaya çıkan sonucun, işçi veya işveren lehine olması da önemli değildir¹⁴⁸. Sözleşme kurulması anında dikkate alınması gereken bireysel ve somut duruma ilişkin ölçütlere örnek olarak, tarafların kişisel özellikleri, sözleşme kurulması bakımından önemli görülen hususlar, tarafların tipik olmayan özel menfaatleri verilebilecektir¹⁴⁹.

¹⁴⁴ HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.14; Staudinger, Krause (2013), Anh zu §310, Rn.127.

¹⁴⁵ BAG'ın işçiyi tüketici kabul ederek, sözleşmenin imzalanması anındaki mevcut durumu da bu denetimde dikkate aldığı yönünde bir kararı için bkz. BAG, Urteil vom 31.03.2005, 5 AZR 545/04, NZA 2006, Heft 6, s.324-329.

¹⁴⁶ Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.22-24; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.17.

¹⁴⁷ ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.23; Palandt, Grüneberg, §310, Rn.19; Däubler/Bonin/Deinert, §310, Rn.22; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.17; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.24; Markus Stoffels, "Grundfragen der Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen", *ZfA*, 2009, Heft 4, s.875-876. Türk Hukuku için içerik denetiminde dikkate alınması gereken ölçütler bakımından aynı yönde bkz. Mustafa Alp, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s.337 vd.; Yeşim Atamer, *Genel İşlem Koşulları*, s.50; Civan, s.257 vd..

¹⁴⁸ ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.23; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.17; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.24.

¹⁴⁹ Palandt, Grüneberg, §310, Rn.19; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.18. Tarafların kişisel özellikleri ölçütünde önemli olan, işçinin örneğin entelektüel birikimleri gibi özellikleridir. Nitekim deneyimsiz bir işçi için bir hüküm yeterli şeffaflığa sahip olamayabilecekken, hukuki eğitim almış bir işçi için şeffaf olabilecektir. Sözleşme kurulurkenki özel durumlara örnek olarak ise işçinin yabancı bir dil bakımından bilgisizliği olmasına rağmen, sözleşme hükümleri hazırlanırken işveren tarafından bu dilin kullanılması gösterilebilir. Bu örnekler hakkında bkz. HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §310 BGB, Rn.18; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §310, Rn.25. Söz konusu ölçütlere yer veren bir BAG kararı için bkz. BAG, Urteil vom 23.09.2010, 8 AZR 897/08, NZA, 2011, Heft 2, s.89-93.

3. Genel İşlem Koşulları Denetimi ve Cezaî Şarta Etkisi

a. Emredici Hükümlere Aykırı Cezaî Şart Kararlaştırılması Halinde

İş sözleşmesinde genel işlem koşulu niteliğini haiz cezaî şart kararlaştırılması, Türk Borçlar Kanunu'nda bu konuda bir istisna yer almadığından, hâkimin içerik denetimine tâbidir. Nitekim iş ilişkisinde bağımlılık unsuru bulunduğundan, işçinin işveren karşısında daha zayıf konumda olması nedeniyle, bu tip hükümlere müdahale olanağı genellikle yoktur. Dolayısıyla iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart genel işlem koşulu olarak düzenlenmiş ise içerik denetimi uygulama alanı bulacaktır. Fakat bu noktada önem arz eden başka bir husus, İş Hukuku'nun emredici hükümleridir. Konumuzla bağlantılı olarak verilebilecek önem arz eden örnek, TBK m.420'de düzenlenen tek taraflı işçi aleyhine cezaî şart kararlaştırma yasağıdır. Genel işlem koşulu olarak, bahsi geçen nispi emredici hükmün aksine bir kararlaştırma yapılmış olması halinde, genel işlem koşuluna aykırılık hükmü dolayısıyla değil, emredici hükme aykırı olması nedeniyle yaptırım uygulanacaktır. Yine genel işlem koşulu hükümleri içinde, işçi aleyhine olmak üzere cezaî şartın aşırı olmadığı veya indirim hakkından feragat ettiği yönündeki düzenlemeler de TBK m.182'nin emredici niteliğine aykırı olduğu gerekçesiyle geçersizdir¹⁵⁰. Aynı şekilde cezaî şart olarak ahlaka aykırı bir edim kararlaştırılmış olması da geçersizdir. Kısacası içerik denetimi öncesinde, yürürlükteki iş mevzuatı bakımından bir denetim yapılmalıdır¹⁵¹.

Toplu iş sözleşmesi hükümleri ise toplu iş sözleşmesi özerkliği uyarınca genel işlem koşulu denetimi dışında kabul edildiği için, burada yer alan cezaî şart klozu da sadece hukuka uygunluk denetimine tâbi tutulabilecektir¹⁵².

¹⁵⁰ Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.69.

¹⁵¹ Aynı yönde bkz. Karagöz, **Tip İş Sözleşmesi**, s.598-599. İsviçre Hukuku'nda bkz. Wolfgang Zöllner, "İmmanente Grenzen arbeitsvertraglicher Regelungen", **RdA**, 1989, s.155.

¹⁵² Hromadka, s.2525.

b. Genel İşlem Koşullarının Üç Aşamalı Olarak Denetlenmesi

2012 yılından beri genel işlem koşullarının yargısal denetimi, TBK m.20-25 hükümleri çerçevesinde yapılmaktadır¹⁵³. Nitekim sözleşmenin düzenleyen karşısında yer alan tarafını koruma amaçlı getirilen bu kurallar, uyuşmazlık çıkması halinde hâkime, genel işlem koşullarını denetleme yetkisi vermektedir. Genel işlem koşullarının denetlenmesinde Türk Hukuku'nda üç aşamalı bir denetim süreci öngörülmüştür. Bunlar uygulama sırası ile yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olarak sınıflandırılmaktadır¹⁵⁴. Türk Hukuku'ndaki denetim sisteminin temeli olan Alman Hukuku'nda da üç aşamalı olarak kanuni düzenlemeye konu olan denetim süreci, BGB m.305-309 arasında yer almaktadır.

İlk aşama olarak öngörülen yürürlük denetimi, TBK m.21 ve m.22'de düzenlenmektedir. Bu aşamada genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dâhil olup olmadığı incelenmektedir¹⁵⁵. TBK m.21 ve 22'de öngörüldüğü üzere bu aşamayı geçemeyen genel işlem koşulları, yaptırım olarak yazılmamış sayılacaktır.

TBK m.23'de yer alan yorum denetiminde, yürürlük denetimi sonucu sözleşmenin içeriği haline geldiği tespit edilen genel işlem koşulunun, açık ve anlaşılır olup olmadığı veya birden çok anlama gelip gelmediği ele alınmaktadır. Eğer genel işlem koşulu açık veya anlaşılır bulunmazsa, düzenleyenin aleyhine yorumlanmaktadır.

¹⁵³ Hukukumuzda daha önce 06.03.2003 tarihinden itibaren 4077 sayılı TKHK'nın 6.maddesi ile genel işlem koşullarının yargısal denetimi yapılmaktaydı. Ayrıca bu maddeye dayanılarak "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik" çıkartılmıştı. Mart 2003 öncesinde ise genel işlem koşullarına ilişkin özel düzenleme olmadığından, genel hükümlere, örneğin emredici hükümlere, ahlaka, kişilik haklarına aykırılık, dürüstlük kuralı, gabin gibi, dayanılarak koruma sağlanmaya çalışılmaktaydı. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akman, **Genel İşlem Koşulları**, s.16; Soyer, **Genel İşlem Koşulları**, s.146 vd.; Altop, s.255; Atamer, s.146 vd.; Alp, **Sözleşmenin Değiştirilmesi**, s.272 vd.; Nilgün Başalp, "Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler", **Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s.233 vd.; Baycık, **Yenilik Doğuran**, s.211 vd..

¹⁵⁴ Altop, s.257; Eren, s.221; Nomer, Rn.50.a.1; Atamer, **Genel İşlem Koşulları**, s.13; aynı yazar, **Yeni Açılımlar**, s.191 vd.; Havutçu, **Tüketici**, s.39 vd.; Aydoğdu, s.136; Yelmen, s.82 vd. Yargıtay da üç aşamalı denetim sistemine kararlarında yer vermektedir. Örnek olarak bkz. Y.11.HD., T.15.11.2017, E.2016/7616, K.2017/6215, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 29.11.2018; Y.11.HD., T.17.06.2016, E.2015/14979, K. 2016/6785, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 29.11.2018.

¹⁵⁵ Aydoğdu, s.134 vd.; Arıkan, s.72.

TBK m.23'deki yorum denetimi sonucu, genel işlem koşulu açık ve anlaşılır bulunursa, artık TBK m.24 ve m.25'de yer alan içerik denetimi aşamasına, son denetim mekanizması olarak geçilebilecektir. Denetim süreci içerisinde en önemlisi olarak görülebilecek olan içerik denetiminde, ilk iki denetim aşamasını da geçen genel işlem koşulu hükmünün içeriği, dürüstlük kuralı çerçevesinde hâkim tarafından incelenmektedir.

(1) Yürürlük Denetimi

Türk Hukuku'nda genel işlem koşullarına yönelik ilk denetim aşamasını oluşturan yürürlük denetimi, TBK m.21 ve m.22'de yer almaktadır. Bu aşamada, genel işlem koşullarının, bağlayıcı olup olmadığı yani sözleşme içeriğine dâhil olup olmadığı incelenmektedir¹⁵⁶.

TBK m.21/1 uyarınca, genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dâhil olması için üç ayrı şart aranmaktadır. İlgili maddede bu şartlar, düzenleyen tarafından karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilmesi, sözleşme kurulmadan önce bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı tanınması ve son olarak bu koşulları karşı tarafın kabul etmesi şeklinde ifade edilmektedir¹⁵⁷.

TBK m.21/2'de ise başka bir hale yer verilmiştir. Bu hükme göre, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan, diğer bir deyişle “*şaşırtıcı kurallar*”, genel

¹⁵⁶ Süzek, s.70; aynı yazar, **Tip İş Akitleri**, s.466; Murat Aydoğdu, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.86; Havutçu, **Tüketici**, s.105 vd.; Civan, s.163. Ayrıca bkz. Y.11.HD., T.17.06.2016, E.2015/14979, K.2016/6785, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 28.11.2018; Y.11.HD., T.19.04.2017, E.2016/8702, K.2017/2271, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 28.11.2018.

¹⁵⁷ Bu şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, I, s.164 vd.; Süzek, s.69; Hatemi/Gökyayla, s.64; Eren, s.221; Gökhan Antalya, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.I, İstanbul, 2012, s.303 vd.; Kuntalp, **Genel İşlem Şartları**, s.94 vd.; İlhan Ulusan, “Türk Borçlar Kanunundaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler”, **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s.1224; Aydoğdu, s.162 vd.; aynı yazar, **Haksız Şartların Denetimi**, s.88 vd.; Havutçu, **Tüketici**, s.105 vd.; Atamer, s.81 vd.; aynı yazar, **Genel İşlem Koşulları**, s.26-27; Arıkan, s.72; Kaşak, s.416-417; Civan, s.167 vd.. Doktrinde bazı yazarlar, bu şartlara ek olarak “*karşı tarafın menfaatine aykırı bir koşul olması*” şartını ekleyerek, dört şartın var olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş için bkz. Muzaffer Şeker, **Yazılmamış Sayılma**, (BK.m.21/I, 21/2, 24), **Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kıskaçında 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması**, İstanbul, On İki Levha, 2015, s.37-38; Aydoğdu, **Haksız Şartların Denetimi**, s.98; aynı yazar, s.154 vd..

işlem koşulu olarak yazılmamış sayılacaktır¹⁵⁸. Nitekim bu türde hükümlere sözleşmede yer verilmesi halinde, sözleşmenin tarafları arasında bu hükümler çerçevesinde bir irade uyuşması olmadığı kabul edilmektedir. Bir düzenlemenin, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olması yorum meselesidir¹⁵⁹.

Genel işlem koşullarının, tarafların iradelerinin uyuşması sonucunda sözleşmede yer aldığına kanaat getirilirse, bir sonraki aşama olan yorum denetimine geçilebilecektir. Aksi halde TBK m.21 ve 22’de öngörülen yaptırım gereği, genel işlem koşulu yazılmamış sayılacaktır. TBK m.22’de ise özel bir düzenleme göze çarpmaktadır. Bu düzenlemeye göre, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini koruyacaktır. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı, kalan hükümlerle sözleşme yapmayacağını ileri süremeyecektir (*kısmi hükümsüzlük*)¹⁶⁰. Fakat sözleşmenin karşı tarafının, bu iddiada bulunması yolu açık tutulmuştur¹⁶¹. Belirtilmelidir ki kesin hükümsüzlüğe ilişkin TBK m.27’deki genel düzenlemeden farklı bir düzenleme getirildiği

¹⁵⁸ Oğuzman, Öz, I, s.166; Eren, s.221; Soyer, **Genel İş Koşulları**, s.83 vd.; Havutçu, **Tüketici**, s.135. TBK’da yer alan “yazılmamış sayılma” ifadesi ile BGB m.305/c’de yer alan “sözleşme içeriğine dâhil olmama” ifadeleri arasındaki farklılığı değerlendiren incelemeler için bkz. Altop, s.258-259; Ayşe Havutçu, “Borçlar Kanunu Tasarısı Üzerinde Düşünceler”, **Legal Hukuk Dergisi**, Borçlar Hukuku Özel Sayısı, Ekim 2005, Y:3, S:34, s.3618; Ulsan, s.1224; Aydoğdu, s.140; aynı yazar, **Haksız Şartların Denetimi**, s.73; Arıkan, s.72; Nevzat Koç, “Prof. Dr. Nevzat Koç’un Değerlendirme Konuşması”, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s.91.

¹⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, I, s.166; Hâluk Tandoğan, **Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s.26; Süzek, s.71; Antalya, s.309; Aydoğdu, **Haksız Şartların Denetimi**, s.100 vd.; aynı yazar, s.190 vd.; Atamer, s.104 vd.; Havutçu, **Tüketici**, s.133 vd.; Sirmen, s.115; Şeker, s.45 vd.; Kaşak, s.420 vd.; Civan, s.181 vd.

¹⁶⁰ Bu düzenlemenin, aksi ispat edilemeyen bir kanuni varsayım olduğu, dolayısıyla kanundan doğan bir sözleşme yapma veya sözleşmeyi devam ettirme zorunluluğu getirdiği ileri sürülmektedir. Bkz. Murat Topuz, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s.1165; Aydoğdu, s.213; aynı yazar, **Haksız Şartların Denetimi**, s.80. Burada bahsi geçen yazılmamış sayılma ifadesinin, kısmi hükümsüzlük anlamında kullanıldığı yorumu için bkz. Hatemi/Gökyayla, s.66; Aydoğdu, s.140. Yazılmamış sayılma ile kast edilenenin, “yokluk” olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Oğuzman, Öz, I, s.165; Eren, s.221-222; Nomer, Rn.50.a.1; Şeker, s.182 vd..Bu düzenleme ile Alman Medeni Kanunu’nun 306. maddesinden ayrılmanın herhangi bir gerekçesi olmaması ve düzenleyen açısından oldukça ağır bir düzenleme olduğu eleştirisi için bkz. Erden Kuntalp, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler-TBK m.20-25”, **Galatasaray Üniversitesi Yayını**, İstanbul 2005, s.29; Havutçu, **Tüketici**, s.145-146. BGB’de yer alan hükmün, TBK’ya alınmamasının genel işlem koşulu denetiminin amacıyla uyuştugu yönündeki aksi görüş için bkz. Aydoğdu, **Haksız Şartların Denetimi**, s.83; Altop, s.259; Civan, s.192-193.

¹⁶¹ Bu yorum için bkz. Şeker, s.229-230; Aydoğdu, **Haksız Şartların Denetimi**, s.81; aynı yazar, s.222-223.

anlaşılmaktadır¹⁶². Bununla birlikte Alman Hukuku'ndan farklı olarak, yazılmamış sayılan hüküm nedeniyle ortaya çıkan sözleşme boşluğunun nasıl doldurulacağına ilişkin kanunda açık bir hüküm yer almamaktadır¹⁶³.

Alman Hukuku'nda iş sözleşmeleri çerçevesinde yürürlük denetimi, BGB m.305/c'nin ilk fıkrasında düzenlenmektedir¹⁶⁴. Bu hükme göre, beklenmedik klorların sözleşme içeriğine dâhil kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereği, genel işlem koşulu olarak düzenlenen hükümler, karşı taraf için hesaba katılması gerekmeyecek ölçüde “*beklenmedik*” ise sözleşmenin parçası sayılmazlar¹⁶⁵. Bu nedenle oluşabilecek sözleşme boşluklarının yerinin ise kanundaki hükümlerle doldurulacağı, açıkça düzenlenmiştir (BGB m.306/2). Alman Hukuku'nda, hukukumuzdan farklı olarak sözleşmedeki boşluk kanun hükmü ile doldurulduğunda, taraflardan biri için katlanılamaz derecede güçlük yaratıyorsa, sözleşme bütünüyle geçersiz kabul edilmektedir (BGB m.306/3)¹⁶⁶.

¹⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.71; aynı yazar, **Genel İş Koşulları**, s.7; Civan, s.191. Karş. Ertürk, **Genel İş Koşulları**, s.87-88. Bu konudaki görüşlere yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi/Gökyayla, s.65; Eren, s.222; Antalya, s.310 vd.; Aydoğdu, s.141 vd.; aynı yazar, **Haksız Şartların Denetimi**, s.80; Kuntalp, s.27; Atamer, **Genel İşlem Koşulları**, s.31-33; Şeker, s.182 vd.; Sirmen, s.114-115; Ulsan, s.1225; Kuntalp, **Genel İşlem Şartları**, s.96.

¹⁶³ Bu konu esasında tartışmalıdır. Bir görüşe göre, taraflar arasında boşluğun doldurulması konusunda anlaşma yoksa sözleşme boşluğu TBK m.2/2 dikkate alınarak, kanunun yedek hukuk kuralları ile işin özelliği gereği hâkim tarafından doldurulacaktır. Yedek hukuk kuralı yoksa hâkim TMK m.1 uyarınca örf ve âdete göre, yine kural yoksa hukuk yaratma yoluyla boşluğu dolduracaktır. Bu görüş için bkz. Atamer, s.120-121; Aydoğdu, **Haksız Şartların Denetimi**, s.79; aynı yazar, s.215 vd.; Havutçu, **Tüketici**, s.144 vd.; Ertürk, **Genel İş Koşulları**, s.105-106. Taraflar arasında sözleşmeden doğan boşluğun doldurulması için anlaşma yapılmış ise öncelikle anlaşmanın geçerliliği sorunu ele almalıdır. Örneğin “*kesin hükümsüzlük anlaşması*” yapılmış ise TBK m.22'nin emredici niteliğine aykırı olduğu için geçerli olmayacaktır. Bkz. Däubler/Bonin/Deinert, s.169-171; Atamer, s.226; Aydoğdu, **Haksız Şartların Denetimi**, s.82-83; aynı yazar, s.219; Civan, s.314-315. Sözleşmede oluşan boşluğun, sözleşmede yer alan şartlar ile doldurulmasına yönelik anlaşmalar ise TBK m.22'nin emredici niteliğini muhafaza ettiği için geçerli sayılmaktadır. Bkz. Gauch, Schluep, Emmenegger, Rn.694-696. Sözleşmenin bir kısmının hükümsüz olması halinde, bu kısım yerine sözleşmede ikame kayıt öngörölmüş olması ise kural olarak yine geçerli kabul edilmektedir. Ancak bu tür kayıtlar, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamalı, kanuna karşı hile oluşturmamalı ve genel işlem koşulu denetimine göre geçerli bulunmalıdır. Bkz. Şeker, s.191; Aydoğdu, s.221-222.

¹⁶⁴ BGB m.305/2'de yer alan yürürlük denetimine ilişkin kuralların ise iş sözleşmeleri bakımından uygulanmayacağına yer verilmiştir (BGB m.310/4). Dolayısıyla söz konusu hukuk sisteminde, iş sözleşmelerinin yürürlük denetimi çerçevesinde genel hükümlere başvurulması gerektiği ileri sürülmektedir (BGB m.145 vd.). Bkz. Lohr, s.434.

¹⁶⁵ ErFK./Preis, §305-310 BGB, Rn.29; MünKom/Basedow, §305 c, Rn.1-2; Gauch, Schluep, Emmenegger, Rn.1136; Lingemann, s.186; Reichenbach, s.310; Preis, s.116. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Lohr, s.434.

¹⁶⁶ Lingemann, s.186.

Cezaî şart klozları çerçevesinde beklenmedik kabul edilen haller genellikle, sözleşme metninde yanlış anlamaya müsait ifadeler kullanılması, cezaî şartla ilgisi olmayan sözleşme bölümleri altında kaleme alınması veya içerik olarak ek açıklama olmadan işçi bakımından anlaşılamayacak ifadelere yer verilmesi ya da cezaî şart bakımından diğer sözleşme hükümlerine yapılan sürekli atıflar nedeniyle metnin anlaşılmasının zorlaştırılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁷. Nitekim cezaî şart hükmüne, genellikle sözleşmeye aykırılığın yaptırımı ve benzeri başlıklar altında yer verilirken, konu ile ilgisi olmayan bir bölüm altına gizlenmesi beklenmedik kayıt oluşturabilecektir¹⁶⁸. Dolayısıyla düzenleyenin, karşı tarafın subjektif özelliklerinden ziyade, orta vasıftaki makul ve dürüst kişiyi dikkate alarak genel işlem koşullarını kaleme alması gerektiği kabul edilmektedir¹⁶⁹.

İş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart, örneğin yazım tekniği veya punto küçüklüğü dolayısı ile başkaca bir incelemeye gerek kalmaksızın anlaşılamiyorsa, beklenmedik kloz sayılarak geçersiz kabul edilecektir¹⁷⁰. BAG bu ölçütü, sözleşme kurulurkenki duruma göre, mevcut beklenti ile sözleşmenin fiili içeriği arasında açık bir çelişki var olması gerektiği şeklinde formüle etmektedir¹⁷¹. Genellikle bu ölçütün esas noktası, işçinin makul beklentisi olarak ortaya çıkmaktadır¹⁷².

¹⁶⁷ LAG, Baden Württemberg, T.5.12.1995, AiB, 1997, s.65. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.29; Gauch, Schluep, Emmenegger, Rn.1138; Guhl, Merz, Druey, s.112; Hromadka, s.2526; Lingemann, s.186; Koller, §23, Rn.39 vd..

¹⁶⁸ BAG, Urteil vom 29.11.1995, 5 AZR, 447/94, MDR 1996, s.1045.

¹⁶⁹ Hromadka, s.2528; Civan, s.171.

¹⁷⁰ ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.29; MüKoBGB/Basedow, §305/c, Rn.17-18; Niemann, s.94. LAG Berlin, T.22.05.1997, NZA-RR 1998, s.53.

¹⁷¹ Bu yönde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 20.08.2014, 10 AZR 453/13, NZA 2014, Heft 23, s.1333-1335. BAG, işçinin başka bir bölgede çalışması için nakledilmesine dair iş sözleşmesinde yer alan genel işlem koşulu hükmüne içerik denetimi uyguladığı bir uyuşmazlıkta, öncelikle işçinin çalışacağı bölgeyi düzenleyen hükmün içeriğinin yorumla belirlenip belirlenmediğinin tespit edilmesi, daha sonra ise işçi bakımından beklenen bir hüküm olup olmadığına karar verilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 19.01.2011, 10 AZR 738/09, NZA, 2011, Heft 11, s.631-633.

¹⁷² Leder, Morgenroth, içerik denetimine takılmamak için, uygulamada cezaî şarta iş sözleşmesinde ayrı bir başlık altında ve kalın puntolu olarak yer verilmesini tavsiye etmektedirler. Bkz. Leder, Morgenroth, s.953.

(2) Yorum Denetimi

Genel işlem koşulu yürürlük denetiminden geçildikten sonra gelen denetim aşamasına “*yorum denetimi*” adı verilmektedir. Genel işlem koşullarının yorumlanmasında, iş sözleşmesinin yorumlanmasına ilişkin genel ilkeler olan dürüstlük kuralı ve güven teorisi dikkate alınacaktır¹⁷³. Sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin genel hükümler (*örneğin TBK m.19*) ve genel kabul gören yorum ilkeleri (*in dubio contra stipulatorem-sözleşme şüphesi halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır*) dışında, genel işlem koşullarının yorumlanması çerçevesinde özel bir hüküm getirilmiştir¹⁷⁴. TBK m.23’de yer alan bu yorum hükmüne göre, genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır¹⁷⁵.

TBK m.23 hükmü, iş sözleşmelerindeki genel işlem koşulları bakımından ele alındığında, öncelikle belirtilmelidir ki iş sözleşmesindeki genel işlem koşulu niteliğine sahip açık olmayan kayıtların yorumlanmasında da uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda genellikle sözleşmenin zayıf tarafı konumunda bulunan işçi lehine ve düzenleyen işveren aleyhine yorum yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Nitekim TBK m.23 ile genel işlem koşullarını önceden ve tek taraflı olarak düzenleyenin, bu hükümlerin açık ve anlaşılır olmamasından kaynaklanan rizikoya da katlanması gerektiği düşüncesinden hareket edilmiştir¹⁷⁶.

Almanya’da İş Hukuku’nda geçerli olan özel düzenlemeler kapsamına giren konularda, iş sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılması geçerli kabul edilmekle birlikte, bu cezaî şart anlaşmasının geçerliliği de genel işlem koşulları denetimine tâbidir¹⁷⁷. Alman Hukuku’nda genel işlem koşullarının denetlenmesi bakımından,

¹⁷³ Koller, §23, Rn.64-65; Süzek, s.67; Altop, s.42; Uluşan, s.1226; Havutçu, **Tüketici**, s.151; Civan, s.196 vd.; Aydoğdu, s.231.

¹⁷⁴ Eren, s.223; Altop, s.259; Antalya, s.311-312; Ertürk, **Genel İş Koşulları**, s.88; Aydoğdu, s.233; Civan, s.204.

¹⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, §23, s.238-239; Tekinay vd., s.162; Tandoğan, **Tüketici**, s.26; Süzek, s.67; Antalya, s.311; Atamer, **Genel İşlem Koşulları**, s.35-36; aynı yazar, s.123 vd.; Aydoğdu, **Haksız Şartların Denetimi**, s.115-116; Havutçu, **Tüketici**, s.151-152; Sirmen, s.118-119. İş Hukuku’nda aynı esaslar için bkz. Soyer, **Genel İş Koşulları**, s.132 vd.; Süzek, s.67; Civan, s.196 vd.. İsviçre Hukuku’nda bkz. Guhl, Merz, Kummer, §13, Rn.52; Koller, §23, Rn.35-36.

¹⁷⁶ Soyer, **Genel İş Koşulları**, s.133-134; Süzek, s.67; Civan, s.203; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.15-16.

¹⁷⁷ Hauck, s.817-818; Hromadka, s.2525-2526.

yürürlük denetiminden sonraki aşama olan yorum denetimi, BGB m.305/c'nin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Esasen BGB m.305/c, beklenmedik ve birden fazla anlama gelebilecek klostlar başlığına sahiptir. Bununla beraber aynı maddenin ikinci fıkrasında, genel işlem koşullarına yönelik yorum kuralı düzenleme bulunmaktadır. İlk fıkra göre, iş sözleşmeleri çerçevesinde konu ele alınırsa, işçinin sözleşme imzalanırken hesaba katması gerektiği, beklenmedik¹⁷⁸ düzenlemeler sözleşmenin parçası sayılmazlar¹⁷⁹. İkinci fıkra ise genel işlem koşulunun yorumlanmasında, şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorum yapılması gerektiği yer almaktadır. Doktrinde, ilk fıkra uyarınca yazılmamış sayılan hüküm nedeniyle sözleşmede oluşan boşluğun, kanundaki düzenleme veya ikinci fıkra gereği sözleşmenin yorumlanması yoluyla doldurulması gerektiği kabul edilmektedir¹⁸⁰.

BGB m.305/c'nin birinci fıkrasında sadece beklenmedik klostlar düzenlenmemiştir. Bu fıkra da bahsi geçen birden fazla anlama gelebilecek klostlara karşı yapılacak yorum bakımından da yine ikinci fıkra uygulama alanı bulacaktır. Yani düzenleyenin aleyhine yorum yapılacaktır. Buna göre, genel işlem koşulunun yorumunda şüpheyeye düşölmesi halinde, yani yeterince açık bir hüküm olmaması ihtimalinde, hükümü düzenleyen taraf aleyhine olan yorum kabul edilmektedir. Alman Hukuku'nda bu düzenleme, özellikle iş sözleşmesi bakımından uzun yıllardır zaten uygulanmaktadır¹⁸¹. Fakat bu hükme başvurulabilmesi için, objektif olarak yapılan yorum sonucu bir çıkarım elde edilememesi dolayısıyla, en az iki farklı sonuca varılması beklenmektedir. Buna ek olarak, doğru yorum yapılabilmesi için önemli bir şüpheyeye düşölmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin yorumlanmasında sadece tek bir anlam ortaya çıkmaktaysa veya çeşitli anlamlar ortaya çıkmasına rağmen her biri sözleşme tarafları bakımından eşit oranda lehe ya da aleyhe sonuçlara yol açıyorsa, bu düzenleme uygulama alanı bulamayacaktır¹⁸². Aynı şekilde genel işlem koşulu

¹⁷⁸ Beklenmedik olma şartının, objektif beklenmeme olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Henssler, Willemsen, Kalb, BGB, §305/c, Rn.3; Preis, s.116.

¹⁷⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, B, 3, b, (1).

¹⁸⁰ Henssler, Willemsen, Kalb, BGB, §305/c, Rn.1; Jesgarzewski, s.11.

¹⁸¹ ErfK./ Preis, §305-310 BGB, Rn.31-32; Henssler, Willemsen, Kalb, BGB, §305/c, Rn.7-8; Hromadka, s.2526; Richardi, s.1059. İş sözleşmesinde de işveren aleyhine yorum yapılması gerektiğine ilişkin bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 18.09.1991, DB 1992, s.383-384. Düzenleyen taraf aleyhine yorum yapılması hakkında başka bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 21.8.2007 - 3 AZR 330/06.

¹⁸² Däubler/Bonin/Deinert, s.134. Ayrıca bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Civan, s.205 vd..

niteliğindeki hüküm, sözleşmenin her iki tarafı için de bir anlam ifade etmiyorsa, yine bu kurala başvurulamayacaktır¹⁸³.

Alman Hukuku'nda BGB m.305/c'de, Türk Hukuku'ndan farklı olarak düzenleyen aleyhine yorum yapılabilmesi için açıkça “*şüphe halinde*” olunması bir şart olarak aranmaktadır. Bu şüphenin önemli ve giderilemeyen bir şüphe olması gerekmektedir. Bununla birlikte TBK m.23'de şüphe halinde bulunma şartından açıkça bahsedilmese de hükmün yorumu ve doğası gereği bu koşulun varlığının aranması gerektiği kabul edilmelidir¹⁸⁴. Zira genel işlem koşulunun yorumlanmasında şüpheli bir durum olmadıkça, yani hüküm yeterli açıklığa ve anlaşılabilirliğe sahipse, TBK m.23'e başvurma zorunluluğu doğmayacaktır. Yine şüpheli durum olmadıkça, işçi aleyhine yorum yapılıyor olması, bu hükmün uygulanmasını gerektirmez¹⁸⁵.

İş sözleşmesinde yer alan genel işlem koşulu niteliğini haiz cezaî şart hükmü bakımından konu ele alındığında, öncelikle TBK m.23'ün uygulanmasının herhangi bir özellik arz etmediği belirtilmelidir. Bu durumda iş sözleşmesindeki cezaî şart klozu bakımından yeterli açıklık yoksa, kloz anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa düzenleyenin aleyhine yorum yapılmalıdır. Böylelikle iş sözleşmesinin düzenleyen tarafında genellikle işveren bulunduğu düşünüldüğünde, cezaî şart hükmü konusunda şüpheye düşüldüğünde yapılacak yorum, işveren aleyhine olacaktır. Nitekim TBK m.420'de öngörülen işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağı da bunu tamamlamaktadır.

¹⁸³ Daha fazla bilgi için bkz. ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.31-32; Lingemann, s.186; Hauck, s.817; Henssler, Willemsen, Kalb, BGB, §305/c, Rn.7-8.

¹⁸⁴ Burada dikkate alınması gereken ölçüt, ortalama zekâyâ sahip kişinin bilgisi ve somut olayın özellikleridir. Bkz. Gauch, Schluep, Emmeneger, Rn.205a; Soyer, **Genel İş Koşulları**, s.130; Havutçu, **Tüketici**, s.150-151. İş sözleşmesine bu ölçüt uygulandığında ise somut sözleşme ilişkisindeki işçinin değil, makul ve dürüst bir işçinin düzenlemeye vereceği anlam yorum bakımından dikkate alınmalıdır. Bkz. Civan, s.200.

¹⁸⁵ Bu görüş için bkz. Soyer, **Genel İş Koşulları**, s.134; Karagöz, **Tip İş Sözleşmesi**, s.603-604; Civan, s.207.

(3) İçerik Denetimi

i. İçerik Denetiminin Kapsamı

Genel işlem koşulları, yürürlük ve yorum denetiminden başarı ile geçtikten sonra, son aşama olarak sözleşme içeriğinin denetlenmesi gerekmektedir. Türk Hukuku'nda genel işlem koşullarının içerik denetimi tek bir maddede, TBK m.25'de düzenlenmiştir¹⁸⁶. Alman Hukuku'nda BGB m.307, genel işlem koşullarının içerik denetiminin özünü içermektedir; zira genel bir düzenleme öngörmüştür. Bununla beraber BGB m.308 ile m.309, genel işlem koşullarının içerik denetimine dair özel hükümlerdir.

Alman Medeni Kanunu'nda genel işlem koşulu içerik denetimi, sadece kanuni düzenlemeden farklı veya kanuni düzenlemeyi tamamlayıcı hükümler üzerinde etki gösterebilmektedir (*BGB m.307/3*)¹⁸⁷. Kanuni düzenlemenin sözleşmede aynen tekrar edilmesi de aranmamaktadır; aksine kanuni düzenlemeye sözleşmede sadece atıfta bulunulması, içerik denetiminden hariç tutulması için yeterlidir¹⁸⁸. Bu noktada belirtilmelidir ki içerik denetimi, sözleşme koşullarını düzenleyen için koruma öngörmediğinden, düzenleyen taraf tip sözleşmedeki hükümlerin geçersizliğine

¹⁸⁶ Kanun koyucunun, bu madde ile esasen dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağından (TMK m.2) hareket ettiği yönünde bkz. Eren, s.223. İşçinin, istisnai durumlar hâriç olmak üzere, ekonomik konumu ve dolayısıyla işe olan ihtiyacı da dikkate alındığında, genel işlem koşulu içeren sözleşmeyi kurulma aşamasında reddedemeyeceği, bunun yanı sıra sözleşme sürerken de yargı yoluna giderek içerik denetimi yaptırmaya yanaşmayacağı bir gerçektir. Dolayısıyla hukukumuzda düzenlenen sistem eleştirilmektedir. Buna karşılık bu görüşteki bir yazar tarafından, birçok ülkede uygulanan ön denetim sistemi veya işyeri kurulu/işçi temsilcilikleri aracılığı ile sözleşme imzalanmasını öngören katılımcı modelin ülkemiz açısından tercih edilmesini tavsiye edilmektedir. Bu yöntemlerin içerik denetimine nazaran özellikle iş ilişkilerinde ortaya çıkan birçok sorunun çözümünde yardımcı olabileceği savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. Süzek, s.81. TBK m.25 olmasaydı dahi TMK m.2 gereği bu gibi düzenlemelerin TBK m.21/2 kapsamında aykırı koşul kabul edilerek yazılmamış sayılmasının mümkün olacağı yönünde bkz. Hatemi/Gökyayla, s.66.

¹⁸⁷ Bu noktada BGB m.307/3 hükmüne yer verilmesinin çifte amacının olduğu belirtilmektedir. İlk amacı, pazar ekonomisine ilişkin ilkelerin korunmasıdır. Nitekim sözleşme özgürlüğünün temelinin, tarafların müzakeresi etmesi ve edim ile karşı edim ilişkisi olduğuna dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla mahkemelere mutlak bir içerik denetimi yapma yetkisi tanınmasının, bu ilkeyi tehdit edeceği savunulmaktadır. İkinci amaç ise hâkimin, hukuk ve kanunla bağlılığının sağlanmasıdır. Zira bu hüküm olmasaydı, hâkimin kanundaki hükmün uygunluğunu denetlemesi söz konusu olabilecekti. Bu amaçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Henssler, Willemsen, Kalb, § 307, Rn.5. Benzer yönde bkz. ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.35.

¹⁸⁸ Däubler/Bonin/ Deinert, s.318.

dayanamayacaktır¹⁸⁹. Ayrıca toplu iş sözleşmeleri de içerik denetimine tâbi tutulamayacaktır (*BGB m.310/4*)¹⁹⁰.

Doktrinde hâkim görüş, kanunun ifadesini tekrarlayan genel işlem koşullarının yanı sıra, asli edimi sadece tanımlayan ya da ücret hakkındaki kararlaştırmaların da içerik denetimi dışında kaldığını savunmaktadır¹⁹¹. Bununla beraber bu tür hükümlerin, içerik denetimine tâbi olmasalar bile, şeffaflık denetiminin kapsamında olduğu kabul edilmektedir (*BGB m.307/1*)¹⁹².

TBK m.25 çerçevesinde konu incelendiğinde, içerik denetiminden hariç tutulan hususlara ilişkin bir hükme rastlanmamaktadır. Fakat isabetli görülebilecek gerekçelerle, Alman Hukuku'nda toplu iş sözleşmesinin, kanuni düzenlemeleri tekrar eden genel işlem koşullarının ve sözleşmenin asli edimlerine ilişkin düzenlemelerin içerik denetiminden hariç tutulmasına ilişkin kuralların Türk Hukuku'nda da uygulanmasının isabetli olacağı ifade edilmektedir¹⁹³. Zira özellikle toplu iş sözleşmesi hükümleri, işçi sendikası ve işveren sendikası/sendika üyesi olmayan

¹⁸⁹ Henssler, Willemssen, Kalb, § 307, Rn.1.

¹⁹⁰ Jesgarzewski, s.12; Stoffels, s.864.

¹⁹¹ ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.34; Hromadka, s.2526; Richardi, s.1061. Burada bahsi geçen içerik denetimi bakımından kapsam dışı hükümlerin asli edim konuları olduğu, yani iş sözleşmesi çerçevesinde iş karşılığı ücret ve iş görme edimi kapsamında çalışma süresi olduğu ifade edilmektedir. Fakat örneğin fazla çalışma içerik denetimine tâbidir. ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.37-38; Preis, s.117-118. Genel işlem koşulları kapsamında sadece kanuni kuralları değiştiren veya tamamlayan hükümlerin olduğu, buna karşılık asli edimlerin doğrudan konusu olan hükümlerin ise genel işlem koşulu sayılmayacağı, bu nedenle sözleşme serbestisi uyarınca içerik denetimi dışında olduğu yönünde bir yargı kararı için bkz. BAG, Urteil vom 27.11.2003, 2 AZR 135/03, NZA, 2004, Heft 11, s.597-604.

¹⁹² ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.36; Henssler, Willemssen, Kalb, § 307, Rn.19; Preis, s.118-119. Her ne kadar asli edime ilişkin hükümler genel işlem koşulu denetimi dışında kalsa da şeffaflık denetimine tâbidirler. Bu yönde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 21.06.2011, 9 AZR 236/10, NZA, 2011, Heft 22, s.1274-1279. Şeffaflık denetimi için bkz. 2. Bölüm, I, B, 3, b, (3), iii.

¹⁹³ Eren, s.225-226; Ertürk, **Genel İş Koşulları**, s.103; Alp, **Sözleşmenin Değiştirilmesi**, s.321; Gaye Burcu Yıldız, "İş Hukuku Açısından Genel İşlem Koşullarının Denetimi", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II**, Ed. Prof. Dr. Tankut Centel, On İki Levha, İstanbul 2016, s.17. Hukukumuzda da kanuni düzenlemeleri tekrar eden genel işlem koşulları bakımından içerik denetimi uygulanmaması iki gerekçe ile isabetli görülebilecektir. İlk olarak bu kabul, Anayasa m.152 gereği mahkemelerin, kanunları doğrudan denetleyemeyeceği kuralı ile uyumlu olacaktır. İkinci gerekçe olarak ise zaten ortada önceden sözleşme tarafınca düzenlenen sözleşme koşulu bulunduğundan söz edilemeyeceğinden, genel işlem koşulu olarak denetlenebilecek bir sözleşme hükmü olmadığı ileri sürülebilecektir. İş sözleşmesinden doğan iş görme ve ücret borçlarının asli edim yükümlülüğü olarak genel işlem koşulu içerik denetiminden hariç tutulması bakımından ise en önemli gerekçe hukuk sistemimizde de geçerli olan sözleşme özgürlüğüdür. Nitekim Alman Hukuku'ndaki kapsam dışı hükümlerle, sözleşmenin esaslı konuları hakkındaki sözleşme özgürlüğünün korunması amaçlanmaktadır. Yine bu amaç göz önünde bulundurularak, Türk Hukuku'nda da asli edim yükümlülükleri her ne kadar içerik denetimi dışında tutulsa da ön koşul olarak şeffaflık ilkesine uygun olmaları beklenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Civan, s.285-286 ve 289, 295.

işveren arasında müzakere edilerek hazırlanmaktadır. Dolayısıyla genel işlem koşulu denetimine tâbi tutulması için ne tek taraflı hazırlanma unsurunu ne de müzakere edilmemiş olma unsurunu taşımaktadır. Ayrıca bu konuda toplu sözleşme özerkliği de göz önünde bulundurularak, toplu iş sözleşmesinin normatif bölümü ile Borçlar Hukuku'na ilişkin bölümünün içerik denetimine tâbi tutulamayacağı isabetli olarak savunulmaktadır¹⁹⁴.

Türk ve Alman Hukuku kapsamında içerik denetimi ele alınırken, İş Hukuku'nda cezaî şart konusu ile ilgili hükümler çerçevesinde kalınarak bir değerlendirme yapılacaktır¹⁹⁵.

ii. Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak Karşı Tarafın Aleyhine Düzenleme

Türk Borçlar Kanunu m.25 uyarınca, bir sözleşmede yer alan hükmün genel işlem koşulu olarak karşı tarafın aleyhine olup olmadığı veya onun durumunu ağırlaştırıp ağırlaştırmadığının tespiti, düzenleyenin bu düzenleme ile karşı tarafın menfaatlerini ihlal edip etmediğine bağlıdır. Zira kanun koyucunun, içerik denetimi yoluyla sözleşmenin tarafları arasındaki her türlü dengesizliği gidermeyi amaçladığı ifade edilemeyecektir. Nitekim amaç, sözleşme tarafları arasında adil dengenin kurulmasıdır¹⁹⁶.

Taraflardan birinin diğer tarafa göre daha güçlü konumda bulunması halinde, karşı tarafın irade özerkliğine ve sözleşme özgürlüğüne genel olarak sahip olmadığı kabul edilmektedir¹⁹⁷. Dolayısıyla içerik denetimi esnasında, bu hükme sözleşmede yer verilmemiş olsaydı ortaya çıkması beklenen hukuki durum ile sözleşmede bu

¹⁹⁴ Yıldız, **Denetim**, s.17; Civan, s.301.

¹⁹⁵ Bu çerçevede Alman BGB m.308 konu ile ilgisi olmadığından ele alınmayacak, m.309 ise cezaî şart kapsamında yukarıda ayrıca incelendiğinden bu başlık altında değinilmeyecektir.

¹⁹⁶ Soyer, **Genel İş Koşulları**, s.136-138; Serozan, **Dönme**, s.208; Ertürk, **Genel İş Koşulları**, s.100; Alp, **Sözleşmenin Değiştirilmesi**, s.274; Yıldız, **Denetim**, s.14-15; Civan, s.243.

¹⁹⁷ Tekinay vd., s.160; Soyer, **Genel İş Koşulları**, s.136-138; Serozan, **Dönme**, s.208; Hatemi/Gökyayla, s.63; Ertürk, **Genel İş Koşulları**, s.100; Başalp, s.234-235; Alp, **Sözleşmenin Değiştirilmesi**, s.274; Yıldız, **Denetim**, s.14-15; Civan, s.243.

İçerik denetimi, sosyal adalet ile Anayasal sosyal devlet ilkesinin (m.2) zorunlu bir sonucu olarak görülmektedir. Bkz. Tandoğan, **Tüketici**, s.11-12; Serozan, **Dönme**, s.212; Akman, **Genel İşlem**, s.18; Uluşan, s.1222; Aydoğdu, **Haksız Şartların Denetimi**, s.123; aynı yazar, s.262.

hükme yer verilmesi nedeniyle ortaya çıkan mevcut durumun, taraf menfaatlerine etkisi bakımından karşılaştırılması gerekmektedir. Bu karşılaştırma sonucunda, karşı tarafın söz konusu hükme yer verilmesi nedeniyle daha kötü bir duruma düştüğü tespit edilebiliyorsa, aleyhine bir durumun var olduğu veya durumunun ağırlaştırılmış olduğu kabul edilebilecektir¹⁹⁸. Kısacası bir hükmün sözleşmenin karşı tarafı aleyhine sonuç doğurup doğurmadığının tespitinde hareket noktası, sözleşme taraflarının hukuken korunan menfaatleridir. TBK m.25’de hangi durumlarda dürüstlük kuralına aykırı olarak işçinin aleyhine hükümler bulunduğu dair kategorik bir düzenleme olmadığından, İş Hukuku doktrininde bu hususun tespitinin hâkimin takdirine bırakıldığı ifade edilmektedir¹⁹⁹.

İş Hukuku’nda iş sözleşmesinin ekonomik anlamda güçsüz tarafını genellikle işçi oluşturmaktadır. Dolayısıyla işveren tarafından tek taraflı olarak hazırlanan tip iş sözleşmesi bakımından da işçinin bu sözleşmeyi imzalamak konusunda tamamen özgür iradesi olmadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle iş sözleşmesi de taraflar arasındaki menfaati dengelemek amacıyla genel işlem koşulu içerik denetimi kapsamındadır²⁰⁰. TBK’nın yürürlüğe girmesi ile birlikte 25. madde, tip iş sözleşmesi bakımından genel işlem koşulu içerik denetimine ilişkin pozitif dayanak olmuştur²⁰¹. Bunun yanı sıra TBK m.27’de ise genel işlem koşulu niteliği taşımasa bile, tüm iş sözleşmesi hükümlerine uygulanması gereken ve “*geniş anlamda içerik denetimi*” olarak adlandırılan içerik denetimi düzenlenmektedir²⁰². Bu denetimde sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olup olmadığı denetlenmektedir. Eğer bu genel sınırlamaya aykırı bir hüküm var ise zaten

¹⁹⁸ Havutçu, **Tüketici**, s.170; Aydoğdu, s.266; Başalp, s.233; Civan, s.249-250.

¹⁹⁹ Ertürk, **Genel İş Koşulları**, s.89; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.16.

²⁰⁰ Soyer, **Genel İş Koşulları**, s.139-141; Yıldız, **Denetim**, s.15.

²⁰¹ Ertürk, **Genel İş Koşulları**, s.100; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.16; Yıldız, **Denetim**, s.16. TBK yürürlüğe girmeden önceki dönemde bir görüş tarafından, pozitif dayanak yokluğundan içerik denetimi yapılamayacağı ileri sürülmüştür. Bu görüş için bkz. Halid Kemal Elbir, **İş Hukuku**, 9. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, s.73. Buna karşılık TKHK m.6 kıyasen uygulanarak bu denetimin yapılabileceği de savunulmuştur. Bu görüş için bkz. Soyer, **Genel İş Koşulları**, s.146 vd.; Alp, **Sözleşmenin Değiştirilmesi**, s.272 vd..

²⁰² Oğuzman, Öz, I, s.166-167; Tekinay vd., s.161; Süzek, **Genel İş Koşulları**, s.8; Eren, s.227; Soyer, **Genel İş Koşulları**, s.146 vd.; Ulusan, s.1222; Atamer, **Genel İşlem Koşulları**, s.12; aynı yazar, s.146 vd.; Aydoğdu, s.264; Ertürk, **Genel İş Koşulları**, s.100; Yıldız, **Denetim**, s.18; Yelmen, s.125; Civan, s.211.

hükümsüz olacağından, TBK m.25 uyarınca denetim yapılmasına gerek kalmayacaktır²⁰³.

TBK m.25'deki denetim sadece genel işlem koşulu niteliği taşıyan hükümlere özgü olan ve “*dar anlamda içerik denetimi*” olarak adlandırılan bir içerik denetimini düzenlemektedir. Keza kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmasa bile, dürüstlük kuralına aykırı şekilde taraflar arasındaki menfaat dengesini bozan genel işlem koşullarına yer verilmiş olabilir. Böylelikle TBK m.25'deki içerik denetimi yoluyla, bu tür genel işlem koşulları geçersiz sayılarak, dürüstlük kuralına uygun bir sözleşme içeriğine ulaşmak amaçlanmaktadır²⁰⁴.

TBK m.25 uyarınca, içerik denetimi çerçevesinde öncelikle yapılması gereken tespit, genel işlem koşulu niteliği taşıyan hükmün karşı taraf aleyhine olup olmadığı veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte bulunup bulunmadığıdır. İlgili hükmün karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte bulunması salt bu sebeple hükmün geçersizliğine yol açmayacaktır. Bu aşamada ikinci bir adım olarak bu niteliklere sahip hükmün, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturup oluşturmadığının tespiti gerekmektedir. Buna karşılık Alman Hukuku'ndan farklı olarak Türk Hukuku'nda, düzenlemenin “*önemli ölçüde*” karşı taraf aleyhine olması ölçütüne yer verilmemiştir²⁰⁵.

TBK m.25'de içerik denetimi sonucu uygulanması gereken yaptırım kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Oysaki TBK m.21'de yürürlük denetimi sonucu uygulanması gereken yaptırım açıkça belirtilmiştir. Bununla beraber özel bir yaptırım öngörülme de TBK m.25'in madde gerekçesi ile genel işlem koşulu hükümleri düzenlenirken yararlanılan Alman Medeni Kanunu m.307 dikkate alındığında, “*kısmi hükümsüzlük*” yaptırımını uygulanması gerektiği sonucuna varılabilecektir²⁰⁶. Nitekim

²⁰³ Eren, s.227; Süzek, **Tip İş Akitleri**, s.468.

²⁰⁴ Süzek, s.67-68; Sirmen, s.120; Baycık, **Yenilik Doğuran**, s.203; Civan, s.211-212.

²⁰⁵ Bu ölçütün yine de hukukumuzda uygulanması yönünde bir görüş için bkz. Ulsan, s.1228; Yeşim Atamer, “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.309; Aydoğdu, s.266-267; Süzek, s.73; Civan, s.243 vd.. Bu ölçütün hukukumuzda bilinçli olarak yer verilmediğine, bu nedenle dürüstlük kuralına aykırılık önemli ölçüde olmasa bile TBK m.25'in uygulama alanına gireceğine dair görüş için bkz. Eren, s.229; Aydoğdu, **Haksız Şartların Denetimi**, 124-125; aynı yazar, s.268-269.

²⁰⁶ Süzek, **Tip İş Akitleri**, s.468-469. Nitekim yasaklayıcı bir hukuk kuralına aykırılığın kesin hükümsüzlük sonucunu doğurabilmesi için, bu hususun kanun hükmünde açıkça yer almasının yanı sıra,

gerekçeye göre, kısmen geçersiz sayılan sözleşme hükümleri dışındaki hükümler geçerliliklerini sürdürecektir. Bunun sonucunda ise geçersiz hükümler yerine kanun hükümleri devreye girecektir²⁰⁷.

Yargıtay'ın bazı kararlarında yaptırım olarak geçersizlik uygulanması gerektiğine yer verilmektedir. Buna göre bir kararda, “...Taraflar arasında geçerli olan iş sözleşmesinde ülke dahilinde başka illerde dahi çalışmanın kabul edildiğine dair hüküm bulunmakta ise de, bu hüküm Borçlar Kanunu'nun 20 ve devamı maddeleri uyarınca genel işlem koşulları ile ilgili hükümlere göre geçersizdir...” şeklinde değerlendirme yapılmıştır²⁰⁸. Bununla birlikte kararlarda geçen geçersizliğin, gerekçede yer aldığı gibi kısmi hükümsüzlük olarak mı uygulanacağı, eğer kısmi hükümsüzlük ise bu hükümlerin yerine hangi hükümlerin devreye gireceği hakkında bir değerlendirme yapılmamıştır. Başka bir Yargıtay kararında ise geçersizlik yaptırımına daha açık ifadelerle dikkat çekilmiştir: “...İçerik denetimi aşamasında, sözleşme hükmünün dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve karşı tarafın şartlarını ağırlaştırdığının tespiti halinde, genel işlem koşulu niteliğindeki bu hükmün, yürürlük denetiminden farklı olarak, Kanunun emredici hükmüne açık aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz sayılması gerekir. Genel işlem koşulu nedeniyle yazılmamış veya kesin

yasaklama getiren hükmün anlam ve amacından da böyle bir sonucun tereddütsüz olarak çıkartılabilmesi gerekmektedir. Bu görüş için bkz. Oğuzman, Barlas, s.223-224.

²⁰⁷ Bu görüş yönünde bkz. Süzek, s.68; Eren, s.234-235; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.16; Atamer, s.223; aynı yazar, **Genel İşlem Koşulları**, s.62-63; Aydoğdu, **Haksız Şartların Denetimi**, s.133-134; Havutçu, **Tüketici**, s.178 vd.; Civan, s.307 vd.; Yelmen, s.158. Ayrıca bkz. Nomer, Rn.50.a.1. İçerik denetiminin yaptırımı olarak, TBK m.21/2'de yer alan yazılmamış sayılmanın uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Buna karşılık yazılmamış sayılan hükümler dışındaki hükümler geçerliliğini sürdüreceğinden, kısmi hükümsüzlük yaptırımından söz edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Hatemi/Gökyayla, s.66; Süzek, **Genel İş Koşulları**, s.8; Yıldız, **Denetim**, s.18. Yürürlük denetiminde olduğu gibi işveren, kısmi geçersiz hükümler olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürememelidir. Bu görüş için bkz. Süzek, **Tip İş Akitleri**, s.469; Hatemi/Gökyayla, s.66.

²⁰⁸ Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.02.03.2015, E.2013/13487, K.2015/8617, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 20.01.2019. Yine Yargıtay'ın bazı kararlarında ise karşı oy yazısındaki ifadelerden genel işlem koşuluna aykırılık halinde geçersizlik yaptırımı uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bir karardaki karşı oy yazısında, “...İş Sözleşmesinde fazla çalışmalar karşılığı ücretin, kararlaştırılan ücret içinde olduğunda dair hükmün genel işlemkoşul olduğu ve bunun işçi aleyhine ve işveren menfaatine olduğu da açıktır. Bu şekildeki hüküm iş sözleşmesinin niteliğine ve işin özelliğine de yabancı ve işçinin durumunu ağırlaştırıcı bir hükümdür. Genel olarak iş sözleşmesinde fazla çalışmanın ücretin içinde olduğunda dair hükümler açıkça TBK. 'un 20 ve devamı maddelerine aykırı olduğundan, geçersizdir...” ifadesine yer verilmiştir. Bu karşı oy yazısı için bkz. Y.9.HD., T.20.10.2015, E.: 2014/15794, K.2015/29062, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 20.01.2019. Benzer yönde bkz. Y.9.HD., T.26.06.2018, E.2017/8286, K.2018/13973, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 20.01.2019.

*hükümsüz sayılan sözleşme hükmünün, sözleşmenin uygulanmasında boşluk doğurması halinde, ortaya çıkan sözleşme içi boşluğun, hakim tarafından öncelikle yedek hukuk, bu yoksa MK m. 1. uyarınca örf ve adet hukukuyla, bu da yoksa hakim hukuk yaratması yöntemiyle doldurulması gerekir...*²⁰⁹. Kanaatimizce, kararda da belirtildiği gibi burada hükümsüzlük yaptırımını uygulanmalıdır. Fakat bu hükümsüzlük, kısmi hükümsüzlük olarak değerlendirilmeli ve bu hükümler yerine, öncelikle uygun düştüğü ölçüde kanun hükümleri devreye girmelidir.

Bu noktada genel işlem koşulu olarak kararlaştırılan cezaî şartın içerik denetimi yapılırken, TBK m.420'nin varlığının gözetilmesi gerektiğine dikkat çekmek isteriz. Kanaatimizce, genel işlem koşulu olarak işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılmış ise nispi emredici nitelikteki TBK m.420, TBK m.25'e nazaran öncelikli olarak uygulama alanına sahiptir. Nitekim TBK m.420'nin hukuki sonucu olarak örneğin, işçi için de işveren lehine kararlaştırılan cezaî şartın uygulanması gerektiğine karar verilebilecektir. Oysa ki TBK m.25'in hukuki sonucu kısmi hükümsüzlük olduğundan, TBK m.420'ye göre genellikle daha ağır bir yaptırım ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

Alman Hukuku'nda bir iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şartın, BGB m.307/1 hükmü gereği içerik denetimine tâbi tutulması düzenlenmiştir²¹⁰. Bu hükme göre, genel işlem koşulu olarak düzenlenmiş bir klotz "*dürüstlük kuralına (Treu und Glauben)*" aykırı olarak ölçüsüz şekilde karşı taraf aleyhine ise geçersizdir. Genel işlem koşullarını düzenleyen taraf, yeterli şekilde müzakere edilmeden ve her iki tarafın menfaatlerini denkleştirmeye yönelik uygun bir karşılık öngörmeden, haksız şekilde kendi menfaatine ve karşı taraf aleyhine hüküm getirmiş olabilir. İşte sözleşmede yer verilen böyle bir cezaî şart hükmünün BGB m.307/1'e aykırı olduğu ifade edilebilecektir²¹¹. Bu hükümde ölçüt olarak alınması beklenen hususun "*dürüstlük kuralı*" olduğu anlaşılmaktadır. Fıkranın devamında, düzenlemenin açık ve anlaşılır olmaması halinde, karşı taraf aleyhine ölçüsüz bir düzenleme olduğu sonucu

²⁰⁹ Bu karar için bkz. Y.11.HD., T.11.12.2017, E.2016/8789, K.2017/7099, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 20.01.2019.

²¹⁰ Hromadka, s.2526; Richardi, s.1059; Jesgarzewski, s.11-12; Rehbinden, **Schuldrechtsreform**, s.805.

²¹¹ ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.45; Hauck, s.818; Hromadka, s.2527-2528; Lingemann, s.188; Henssler, Willemsen, Kalb, BGB Anh. §305-310, Rn.52; Schaub/Linck, ArbR-Hdb., §60, Rn.12; Niemann, s.96; Jesgarzewski, s.12-13.

doğurabilir şeklinde bir ifade yer almaktadır. Dolayısıyla düzenlemenin açıklığı ve anlaşılır olmasının da içerik denetiminde gözetilmesi gereken diğer ölçütler olduğu sonucu çıkartılabilecektir. BGB m.307'nin ikinci fıkrasında ise şüphe halinde, düzenleyenin karşı taraf aleyhine düzenleme getirdiğinin kabul edileceği iki hal sayılmıştır²¹². İşte söz konusu iki halden biri mevcutsa, artık dürüstlük kuralı ölçütüne başvurmaya gerek olmaksızın genel işlem koşulu hükmünün karşı taraf aleyhine olduğu kabul edilerek, geçersiz sayılabilecektir²¹³.

İçerik denetimine ilişkin hükmün uygulanmasında, genel işlem koşulunun sözleşmenin karşı tarafı aleyhine olduğu tespit edildikten sonra, dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde ölçüsüzlüğün mevcut olup olmadığı araştırılacaktır²¹⁴. Dolayısıyla genel işlem koşulu niteliğindeki sözleşme hükümlerinin karşı taraf aleyhine olup olmadığının denetiminde, tarafların menfaatlerinin dürüstlük kuralı çerçevesinde karşılıklı olarak değerlendirilmesi şarttır²¹⁵.

Sözleşme taraflarının menfaatleri karşılaştırılırken, iş ilişkisinin türü ve işçinin işyeri hiyerarşisindeki konumu, karşı edim belirlenip belirlenmediği, feshin tek taraflı olarak ağırlaştırılıp ağırlaştırılmadığı gibi ölçütler dikkate alınmalıdır²¹⁶. Sözleşmenin

²¹² BGB m.307/2'nin birinci bendinde yer alan özel hal “*kendisinden sapılan kanuni düzenlemenin temel düşüncesiyle bağdaşmayan*” şeklinde tercüme edilebilecektir.

Aynı maddenin ikinci bendinde yer alan diğer özel hal ise “*sözleşmenin doğasından kaynaklanan önemli hak ve yükümlülüklerin, sözleşmenin amacına erişilmesini tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlandırılmış olması*” şeklinde Türkçe'ye çevrilebilecektir.

²¹³ Gregor Thüsing, **AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht**, München, Verlag C. H. Beck, 2007, s.36.

²¹⁴ Bir görüşe göre içerik denetimi gerçekleştirilirken esas alınan unsur dürüstlük kuralı değil, sözleşme taraflarının menfaatleri arasındaki ölçüsüzlüktür. Fakat dürüstlük kuralından, taraflar arasındaki menfaatlerin ölçüsüzlüğünün tespitinde yardımcı bir unsur olarak yararlanılacaktır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, §23, s.248. Bununla beraber konunun Türk Hukuku boyutunda, TBK m.25'de salt dürüstlük kuralı ölçütüne yer verildiği görülmektedir. Ancak bir görüşe göre her ne kadar kanun dürüstlük kuralından söz etse de bu ifadenin tarafların menfaatleri arasındaki önemli dengesizliği de içerdiği savunulmaktadır. Bkz. Atamer, s.50. Bu yönde bir yazar, ek olarak genel işlem koşulu içerik denetimi yapılırken öncelikle karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştıran bir hüküm olup olmadığının tespit edileceğini belirtmektedir. İkinci aşama olarak ise bu hükmün karşı taraf aleyhine taraflar arasında önemli bir dengesizliğe yol açıp açmadığı incelenecektir. Önemli ölçüde dengesizlik, TBK m.25'de yer almayıp yorum yoluyla çıkartıldığından, belirlenmesinde dürüstlük kuralı temel ölçüt olarak ele alınacaktır. Zira hukukumuzda dürüstlük kuralına aykırılık ile önemli ölçüde dengesizliğin iç içe geçmiş şekilde birbirini tamamlayan denetim ölçütleri olduğu savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. Civan, s.248-249.

²¹⁵ Hauck, s.818; Leder, Morgenroth, s.956; Henssler, Willemsen, Kalb, BGB Anh. §305-310, Rn.54; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §309 BGB, Rn.39; MüArbR/Reichold, §39, Rn.51.

²¹⁶ ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.45-46; Henssler, Willemsen, Kalb, § 307, Rn.22; Lingemann, s.188; Stoffels, s.872-874; Jesgarzewski, s.12. Bu ölçütlerin yanı sıra aslolanın, genel nitelikte ve somut

bir tarafının, diğer tarafın menfaatinin ihlal edilmesinde haklı bir menfaati olduğunu ortaya koyması halinde, tarafların menfaatleri arasında önemli bir dengesizliğin olmadığı kabul edilebilecektir. Bu durum ile özellikle ihlal edilen menfaatin aynı değerde başka bir menfaatle giderilmesi halinde, örneğin karşı edim belirlenmesi gibi, karşılaşılmaktadır. Dolayısıyla genel işlem koşulu içerik denetimi yapılırken, sadece inceleme konusu olan hükümle sınırlı denetim yapılmamalı; sözleşmenin ilgili tüm hükümleri denetime konu edilmelidir²¹⁷. Eğer içerik denetimi sonucunda hâkim, bir aykırılıkla karşılaşırsa ilgili kloz kısmi hükümsüz sayılacaktır. Sözleşme taraflarının, geçersizlik nedenini mahkemede ileri sürmesine gerek olmaksızın, hâkim bu hususları resen dikkate alacaktır²¹⁸.

İçerik denetimi sonucunda, taraf menfaatlerinin dürüstlük kuralı çerçevesinde denk olmadığı tespit edilerek, sözleşmede yer verilen cezaî şart anlaşmasının kısmi hükümsüz sayılmasına örnek olarak, genel işlem koşulunu düzenleyen için keyfi fesih hakkı tanıyan veya karşı tarafın fesih hakkını cezaî şarta bağlayan sözleşme hükümleri gösterilmektedir²¹⁹. Bunun sonucunda kısmi hükümsüzlüğe ilişkin düzenleme uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda, Almanya’da “*Blue-Pencil-Test*” olarak ifade edilen bir yöntemin uygulanması kabul edilmektedir. Yani klozun geçersiz kısmının üzeri çizildiğinde, kalan kısım hâlâ anlaşılır ve uygulanabilir ise üzeri çizilen hüküm olmadan sözleşmenin kalanının geçerli olarak varlığını sürdürdüğü kabul edilmektedir²²⁰.

Karşı taraf için dürüstlük kuralına aykırı olarak aleyhe düzenleme kabul edilen diğer bir örnek, cezaî şartın belirli unsurlara bağlanarak orantılı şekilde artırılmasına yönelik hükümlerdir. Her bir borç ihlali halinde, ihlalin ağırlığına göre işçinin ödeyeceği cezaî şartın, aylık ücretinin birden üç katına kadar belirlenmesi şeklinde düzenlenen hükümler geçersiz kabul edilmektedir²²¹. Nitekim işçi bakımından

olaydan bağımsız ölçütler belirlenmesi gerektiği şeklinde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, NZA, 2004, Heft 13, s.727-734.

²¹⁷ Däubler/Bonin/Deinert, s.205 ve 221; Thüsing, **AGB**, s.38.

²¹⁸ Henssler, Willemsen, Kalb, § 307, Rn.24.

²¹⁹ Aydoğdu, **Haksız Şartların Denetimi**, s.129; aynı yazar, s.275.

²²⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. HK-ArbR/Boemke, Ullrich, §305 BGB, Rn.2-4 ve §306 BGB, Rn.5; Niemann, s.96; Hauck, s.816. Ayrıca bkz. ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.3, 103. Bu yönde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 21.06.2011, 9 AZR 236/10, NZA, 2011, Heft 22, s.1274-1279.

²²¹ Hauck, s.818.

ödenen cezaî şartın miktarı ve muaccel olma koşulları bakımından gerekli açıklık mevcut değildir²²².

Genel işlem koşulu kapsamında sözleşmede yer verilen cezaî şart anlaşmasının, karşı taraf aleyhine hüküm olarak düzenlenmesine örnek olarak verilebilecek bir başka önemli hal ise cezaî şart miktarının yüksekliğidir²²³. Alman Hukuku'nda BGB'ye ilişkin Reform'dan önce tip iş sözleşmesinde aşırı oranda belirlenen cezaî şartın, genel hüküm olan BGB m.343'e dayanarak hâkim tarafından indirilmesi mümkün kabul edilmekteydi. Dolayısıyla böyle bir halde sözleşme hükmünün geçersizliği gündeme gelmezdi. Reform'dan sonra ise mevcut hükümler dikkate alındığında, artık indirim yoluna başvurulması mümkün görülmemektedir. Zira aşırı cezaî şartın varlığı halinde, BGB m.307/1 uyarınca cezaî şart geçersiz, yani esasen kısmi hükümsüz sayılacaktır²²⁴. Nitekim BGB m.343'de düzenlenen aşırı miktardaki cezaî şart bakımından, hâkimin indirim yetkisini kullanabilmesi için ortada geçerli olarak kararlaştırılan bir cezaî şartın varlığı şarttır. Fakat genel işlem koşulları kapsamındaki cezaî şartın miktarı aşırı ise içerik denetimi sonucunda geçersizliğine karar verileceğinden, artık hâkimin indirim yetkisine dair düzenleme uygulanamayacaktır²²⁵.

2004'de verilen bir BAG kararında, işçi aleyhine miktar bakımından aşırı nitelikte sayılabilecek cezaî şart kararlaştırıldığı bir uyuşmazlıkta, cezaî şart geçersiz kabul edilmiştir. Bu karardan yola çıkıldığında genel olarak her cezaî şart anlaşmasının, karşı taraf için dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde aleyhe bir durum yaratmayacağı sonucu çıkartılmaktadır. Nitekim somut olayın özellikleri önemlidir²²⁶. Örneğin BAG bir kararında, iki haftalık fesih bildirim süresi öngörülen bir uyuşmazlıkta, bir aylık cezaî şart miktarı belirlenmesini içerik denetimi sırasında

²²² Hauck, s.818. Ayrıca bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 12.01. 2005 - 5 AZR 364/04, NZA 2005, s.465.

²²³ Däubler/Bonin/Deinert, §309, Nr.6, Rn.14; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §309 BGB, Rn.40.

²²⁴ Lingemann, s.190; Leder, Morgenroth, s.956; Henssler, Willemsen, Kalb, BGB Anh. §305-310, Rn.56; Palandt, Grüneberg, §309, Rn.33; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §309, Rn.56; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §309 BGB, Rn.44; MüArbR/Reichold, §39, Rn.53; Schaub/Linck, ArbR-Hdb., §60, Rn.24; Reichenbach, s.313; Zöllner, s.653-654.

²²⁵ Henssler, Willemsen, Kalb, BGB Anh. §305-310, Rn.56; MüArbR/Reichold, §39, Rn.54; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §309, Rn.56; Reichenbach, s.313.

²²⁶ BAG, Urteil vom 04.03.2004 - 8 AZR 196/03, NZA 2004, s.727. Ayrıca bkz. Hauck, s.818.

yüksek bulmuş ve geçersizlik kararı vermiştir²²⁷. Federal Mahkeme'nin kararlarından anlaşılacağı üzere, Reform sonrası yeni kurallar dikkate alınmaktadır. Mahkeme, içerik denetimi yaparken, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf aleyhine düzenlenen cezaî şartta indirim yapılmasını açıkça reddetmekte ve geçersizlik yaptırımını uygulamaktadır²²⁸.

Bahsi geçen karardan yola çıkıldığında, genel işlem koşulları kapsamındaki cezaî şartın yüksekliğinin tespiti için bir üst sınıra ihtiyaç duyulduğu da görülmektedir²²⁹. Alman Hukuku'nda yargı kararlarında, genel işlem koşulu çerçevesinde cezaî şartın geçerli olması, fesih bildirim süresi ile orantılı miktarda olmasına bağlanmıştır. Bu süre ise BGB m.622 gereği dört haftadır²³⁰. Şüphesiz dört haftalık ücret tutarındaki üst sınırın altındaki cezaî şart da somut olayın şartlarına göre orantısız bulunabilecektir²³¹. Örneğin, rekabet yasağı ihlalinde cezaî şart kararlaştırılan bir olaya ilişkin mahkeme kararında, yasağın her ihlali halinde iki aylık ücret tutarında cezaî şart ödenmesine ilişkin hüküm, içerik denetimi sonucunda geçersiz bulunmuştur²³². Nitekim cezaî şart, somut olaya göre borç ihlalinin ağırlığı ve beklenen zararın yüksekliği gibi ölçütler dikkate alındığında, makul bir miktara sahip değilse orantısızdır²³³.

²²⁷ Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 19.08.2010, 8 AZR, 649/09. Bu sınırın, mutlak olmadığı sadece bir ölçüt (*Faustregel*) olduğu, dolayısıyla somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasıyla farklı sonuca ulaşılabileceği yönünde bkz. BAG, Urteil vom 25.09.2008, 8 AZR 717/07, NZA, 2009, Heft 7, s.370-378. Federal Mahkeme'nin bir başka kararına göre, işçinin borca aykırı her hareketi için, aykırılığın ağırlığına göre tam miktarın sonradan belirlenmesi şartıyla, bir ila üç aylık brüt ücreti tutarında cezaî şart belirlenmesine yönelik uyuşmazlıkta cezaî şart hükmü, olayın şartları gözetilerek işçi aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bulunmuştur. BAG, Urteil vom 12.01. 2005 - 5 AZR 364/04, NZA 2005, s.465.

²²⁸ Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 25.05.2005, 5-AZR 572/04, NZA, 2005, Heft 19, s.1111-1117. Ayrıca bkz. BGH, Urteil vom 20.03.2003, NJW-RR, 2003, s.1056.

²²⁹ MüArbR/Reichold, §39, Rn.53.

²³⁰ Bu konudaki kararlar için bkz. BAG, Urteil vom 27.04.2000, 8 AZR 301-99, NZA 2001, s.274; 2004 tarihli bir kararda yer aldığı üzere, fesih bildirim süresinin bir aydan az olması durumunda bu kural uygulama alanı bulmayacaktır; çünkü bu durumda cezaî şart miktar olarak fazla bulunmaktadır. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, NZA, 2004, Heft 13, s.727-734.

²³¹ Däubler/Bonin/Deinert, §309, Nr.6, Rn.14; Henssler, Willemsen, Kalb, BGB Anh. §305-310, Rn.54; Reichenbach, s.313.

²³² Bu karar için bkz.LAG Köln, 13.07.2006, 6 Sa 367/06, BB 2007, s.333. Kararı isabetli bulan yazar için bkz. Schaub/Linck, ArbR-Hdb., §60, Rn.11.

²³³ Däubler/Bonin/Deinert, §309, Nr.6, Rn.14; Hauck, s.818; Henssler, Willemsen, Kalb, BGB Anh. §305-310, Rn.54.

Türk Hukuku bakımından da Alman Hukuku'nda doktrin ve yargı kararlarında kabul gören bu görüş incelenmeye değerdir. Nitekim hukukumuzda da genel işlem koşulu niteliğini haiz cezaî şartın miktarının aşırı olması konusunda, farklı yaptırım öngören TBK m.25 ile TBK m.182/3 hükümlerinden hangisinin uygulanacağını tespiti sorun oluşturabilecektir. Fakat Alman Hukuku'ndaki görüşten farklı olarak, genel işlem koşulu olarak düzenlenmiş olsa bile, cezaî şartın miktarı aşırı ise sözleşme hükmünün kısmen ya da tamamen geçersizliği yerine, kanaatimizce indirim yapılmasına yönelik hükmün uygulanması daha isabetli olacaktır. Zira genel hükümler içinde yer alan emredici nitelikteki TBK m.182/3 ile hâkime tanınan takdir hakkının ortadan kaldırılmasına yol açan başka bir yaptırımın uygulanması için ortada haklı bir neden yoktur. Bunun yanı sıra aynı hukuka aykırılığı yaptırıma bağlayan birden fazla düzenleme mevcutken, bunlar içinden sözleşme hükmünü ayakta tutan düzenleme tercih edilmelidir. Dolayısıyla taraflar arasındaki menfaat dengesini dikkate alarak, hem işçi hem de işveren bakımından burada TBK m.182/3'deki aşırı cezaî şartta hâkimin indirim yapmasına ilişkin düzenlemenin uygulanması gerektiği görüşündeyiz.

Türk Hukuku'nda içerik denetiminde, Alman Hukuku'ndaki düzenlemeler de dikkate alınarak vardığımız sonuçları özetlersek, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulu niteliğinde cezaî şart klozu kararlaştırılmış ise TBK m.25'e başvurmadan önce TBK m.420'deki işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağı düzenlemesi dikkate alınmalıdır. Eğer TBK m.420'e aykırılık tespit edilirse, bu hükme aykırılığın hukuki sonuçları uygulanmalıdır. TBK m.420'ye aykırılık tespit edilemeyen hallerde ise genel işlem koşulu içerik denetimi yapılmalıdır. İçerik denetiminde aykırılık tespit edilirse, kısmi hükümsüzlük yaptırımı devreye girecektir. Kısmen geçersiz sayılan hükmün yol açtığı boşluk, uygun düştüğü ölçüde kanun hükümleri ile doldurulacaktır. Fakat Alman Hukuku'ndan farklı olarak, genel işlem koşulu niteliğinde kararlaştırılan cezaî şartın miktarının aşırılığı halinde, kanaatimizce TBK m.25'in hukuki sonuçları değil, sözleşme hükmünün ayakta tutulması amacıyla TBK m.182/3 uyarınca hâkimin indirim yetkisine ilişkin düzenleme uygulama alanı bulmalıdır.

iii. Şeffaflık Denetimi

İş sözleşmesinde yer alan genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerin içerik denetiminde dikkate alınması gereken bir başka kural ise “*şeffaflık*”tır. Genel işlem koşulu niteliğindeki bir sözleşme hükmünün yeterli açıklığa ve anlaşılabilirliğe sahip olmaması halinde, sözleşmenin karşı tarafı hükmü değerlendirmede yanılgıya düşebilecektir²³⁴. Sözleşme görüşmeleri esnasında hak ve yükümlülüklerini gerekli açıklıkta algılayabilmesi halinde karşı taraf, sözleşmeyi imzalayıp imzalamama konusunda farklı karara varabilecektir. Dolayısıyla genel işlem koşulu içeren iş sözleşmesinde, içerik denetimi başlığı altında sayılan şeffaflık denetimi yoluyla, hem sözleşme imzalanmadan önce hem de sözleşme devam ederken bir nevi işçinin korunmasına hizmet edilmektedir²³⁵.

Türk Hukuku’nda şeffaflık denetimine ilişkin açık bir kanuni düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakat yorum yoluyla, TBK m.25’deki dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf aleyhine hüküm öngörme yasağında, “*dürüstlük kuralı*” ölçütünün “*şeffaflık denetimi*”ni de içerdiği kabul edilebilir. Nitekim doktrinde de dürüstlük kuralı, şeffaflık denetimini de içeren bir üst kavram olarak görülmektedir²³⁶. Bu kapsamda Alman Hukuku’nda ileri sürülen görüşlerin incelenmesi hukukumuz bakımından yararlı olacaktır.

Alman Hukuku’nda şeffaflık denetimi hükmü açıkça BGB m.307/1’in ikinci cümlesinde yer almaktadır. Buna göre genel işlem koşulları kapsamındaki hüküm, açık ve anlaşılır olmalıdır. Aksi halde sözleşmenin karşı tarafı için uygun olmayan ölçüde

²³⁴ BAG’ın bir kararına göre, cezaî şart hakkının yitirileceği durumların açık şekilde belirlenmemesi, işçi bakımından uygun olmayan aleyhe kloz sayılarak geçersizliğine yol açacaktır. Örneğin “*işçinin sorumlu olduğu hukuka aykırı hareketinin işverenin iş ilişkisini derhal feshine neden olması*” şeklinde cezaî şart talep hakkının kaybedilmesine yönelik hüküm geçersizdir. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 21.04.2005, 8 AZR 425/04, NZA, 2005, Heft 18, s.1053-1056. Doktrinde de bahsi geçen karardaki tespiti destekleyecek şekilde, salt kararlaştırılan cezaî şartın değil, bunun yanı sıra cezaî şart ile güvence altına alınmış somut asıl borca aykırılık hallerinin de açıkça belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Böylece işçinin üstüne düşenin ne olduğunu bileceği ve borca aykırı davranmamak için çaba gösterebileceği ileri sürülmektedir. Buna karşılık işçinin “*sorumlu olduğu hukuka aykırı davranış*” şeklinde ifade edilen hallerin yeterli açıklığı içermediğinden beklenen uyarı işlevini yerine getiremeyeceği belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Hauck, s.818; ErfK, Müller-Glöge, §339-345, Rn.15, dn.14.

²³⁵ Däubler/Bonin/Deinert, §309, Nr.6, Rn.13.

²³⁶ Civan, s.276. Ayrıca şeffaflık denetimine TBK m.25 içerisinde yer verilmesine ilişkin bir öneri için bkz. Aydoğdu, s.289

aleyhe bir durum ortaya çıkmaktadır. Şeffaflığın sağlanması için, düzenlemenin şartları ve hukuki sonuçları yeterli açıklıkta belirlenmelidir. Yani iş sözleşmesi düşünüldüğünde, sözleşmeyi düzenleyen taraf genellikle işveren olduğundan, işçi bakımından haksız bir sonuca yol açacak hareket alanına sahip olmamalıdır²³⁷. Şeffaflığın mevcut olması için genel olarak iki olumlu ve bir olumsuz unsur dikkate alınmaktadır: anlaşılabilirlik (*Verständlichkeitsgebot*), belirli olma (*Bestimmtheitsgebot*) ve yanıltıcı olma yasağı (*Täuschungsverbot*)²³⁸. Bununla beraber düzenlemenin yoruma ihtiyaç duyması, mutlaka şeffaf bir hüküm olmadığı sonucuna varılmasına yol açmayacaktır.

Şeffaflık denetiminde “*anlaşılabilirlik*” unsuru bakımından dikkate alınacak ölçüt, düzenleyenin karşısında yer alan tarafın, ortalama ve makul bir taraf olarak sözleşmenin imzalanması aşamasındaki beklentisi ve bilgisidir²³⁹. Sözleşmeyi düzenleyen tarafın, genel işlem koşullarını karşı taraf için beklenebilecek ölçüde açık ve anlaşılır düzenlemesi aranmaktadır. “*Belirli olma*” unsuru bakımından ise genel işlem koşulları yeterli bir kesinlik içermeli ve düzenleyene geniş bir hareket alanı sağlamamalıdır²⁴⁰. “*Yanıltıcı olma yasağı*” bakımından ise düzenleyenin, genel işlem

²³⁷ ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.44; Däubler/Bonin/Deinert, §309, Nr.6, Rn.13; HK-ArbR/Boemke, Ulrici, §309 BGB, Rn.42; MüArbR/Reichold, §39, Rn.50; Hauck, s.818; Hromadka, s.2528-2529; Lingemann, s.187; Henssler, Willemsen, Kalb, BGB Anh. §305-310, Rn.53; Niemann, s.94; Reichenbach, s.312-313; Rehbinder, *Schuldrechtsreform*, s.806. Ay sonunda ödenmek şartıyla, aylık brüt ücretin %2.4 oranında çalışanlara verilen tatil ücreti için, sözleşmede feshedilmemiş bir iş ilişkisinin var olması aranmaktadır. “*Feshedilmemiş-ungekündigt*” ibaresi yeterli açıklığa sahip olduğundan, şeffaflık denetiminde aykırılık tespit edilmediğine dair bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 22.07.2014, 9 AZR 981/12, NZA, 2014, Heft 20, s.1136-1138. BAG bir başka kararında da işyeri ihtiyacının gerektirdiği hallerde, işçinin fazla çalışma yapacağına, ancak bu çalışma için ücret alamayacağına dair sözleşme koşulundaki “*işyeri ihtiyacı*” ifadesinin somutlaştırılmadığını belirtmektedir. Bu nedenle hangi hallerde işçinin ücret almadan fazla çalışması gerektiğinin ne belirli ne de belirlenebilir olduğunu, ifadenin sınırları açık olmadığından BGB m.307/1’in ikinci cümlesi uyarınca yeterli şeffaflıkta olmadığına dair kararı için bkz. BAG, Urteil vom 22.02.2012, 5 AZR, NZA 2012, Heft 15, s.861-863. Bu görüş için bkz. Däubler/Bonin/Deinert, §309, Nr.6, Rn.13; Schaub/Linck, ArbR-Hdb., §60, Rn.11.

²³⁸ Bu unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hromadka, s.2528-2529. Benzer yönde bkz. Jesgarzewski, s.13; Civan, s.279-283.

²³⁹ Henssler, Willemsen, Kalb, § 307, Rn.20; Jesgarzewski, s.13.

²⁴⁰ Örneğin, işçinin her kusurlu hareketinin yol açacağı işverenin derhal feshi hali için kararlaştırılan cezaî şart, hangi borca aykırılık hallerinin cezaî şart ile yükümlendirildiği somutlaştırılmadığı için yeterli şeffaflığa sahip kabul edilmemiştir. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 21.04.2005, 8 AZR 425/04, NZA, 2005, Heft 18, s.1053-1056. Bunun gibi devam eden her rekabet yasağına aykırı hareket için, her ay başında belirli miktar cezaî şart ödenmesine dair düzenleme de yeterli şeffaflığı taşımamaktadır. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 14.08.2007, NZA 2008, s.170. Karara ilişkin eleştirel bir değerlendirme için bkz. Stoffels, s.885. Başka bir kararda ise işçinin sorumlu olduğu borca aykırılık nedeniyle işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanması halinde, iki haftalık fesih bildirim

koşulu hükmünü ilgili olmayan bölümler içine gizlemesi ya da karşı tarafın dikkatini çekmeyecek başlıklar veya bölümler içinde düzenlemesi yasaklanmaktadır²⁴¹. Alman Hukuku'nda şeffaflık denetiminde esas alınan söz konusu üç unsurun Türk Hukuku'nda da gözetilmesi, yapılacak değerlendirmede yardımcı olacaktır.

Kanunda soyut olarak yer verilen kavramlara, sözleşmedeki düzenlemeler ile gerekli somutluk sağlanmadığı sürece, şeffaflık denetiminde aykırılık tespit edilebilecektir. Buna örnek olarak “*haklı neden*” kavramı gösterilebilir²⁴². Alman Federal Mahkemesi de şeffaflık ilkesinin temel alındığı bir kararında, işçinin sorumlu olduğu “*sözleşmeye aykırı hareketi*” dolayısıyla işverence yapılacak haklı fesih halinde, işçinin ödemesi öngörülen cezaî şartın yeterli açıklığa sahip olmadığı yönünde karara varmıştır. Mahkemeye göre, cezaî şart kararlaştırılarak, hangi somut hakların korunmasının hedeflendiği, sözleşme hükmünden açıkça anlaşılır olmalıdır. Örneğin somut bir sayma yöntemi izlenebilir²⁴³. BAG, iş sözleşmesinde yer alan çalışma süresine ilişkin bir başka kararında “*aylık ortalama yüz elli saat çalışılması*” şeklinde işçinin yükümlendirildiği hükmü, yeterli şeffaflığa sahip olmadığı için geçersiz kabul etmiştir. Nitekim “*ortalama*” kelimesinin anlaşılması için gerekli zaman dilimine hükümde yer verilmediği ifade edilmiştir²⁴⁴.

Bu örnekler dikkate alındığında şeffaflık denetiminde, iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın geçerliliği bakımından aynı unsurlar gözetilmelidir. Örneğin cezaî şartın hangi hallerde muaccel olacağının, miktarının hangi unsurlar dikkate alınarak

süresine denk gelen deneme süresi ile deneme süresi bittikten sonra devam edecek sözleşme süresi için herhangi bir ayırım yapılmaksızın bir aylık brüt ücret miktarında cezaî şart belirlenmesi şeffaflık ilkesi gereği belirlenebilirlik unsurunu taşımadığından, işçi aleyhine olmak üzere durumu ağırlaştırıcı nitelikte bulunarak geçerli görülmemiştir. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 21.04.2005 - 8 AZR 425/04, NZA 2005, s.1053.

²⁴¹ Däubler, Bonin, Deinert, §309, Nr.6, Rn.13; HK-ArbR/ Boemke, Ulrici, §309 BGB, Rn.42; MüArbR/Reichold, §39, Rn.50;

²⁴² Henssler, Willemsen, Kalb, BGB Anh. §305-310, Rn.53; Hromadka, s.2529.

²⁴³ Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 21.04.2005, 8 AZR 425/04, NZA, 2005, Heft 18, s.1053-1056.

²⁴⁴ Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 19.06.2012, 9 AZR 736/10, (Çevrimiçi) <https://dejure.org>, 12.01.2019. Buna karşılık BAG'ın emekli aylığının miktar olarak belirlenmeyip, işletmeden erken emeklilikten yararlanmasına bağlanan sigorta matematiği ile belirlenecek şekilde, sözleşmede yer alan oranda (aylık %0.5 iskonto) indirilmesi şeklinde tespitinin, şeffaflık denetiminde geçersiz sayılmayacağı yönünde kararı için bkz. BAG, Urteil vom 29.09.2010, 3 AZR 557/08, NZA, 2011, Heft 4, s.206-210.

hesaplanacağına veya sözleşmede kararlaştırılan türünün anlaşılabilir ve belirli olması ayrıca yanıltıcı olmaması unsurları kapsamında değerlendirme yapılmalıdır.

C. Tarafların Borçları Bakımından Cezaî Şartın Geçerliliği

1. İşçinin Borçları Bakımından

a. Genel Olarak

İş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını içeren, borç doğurucu bir sözleşmedir. Bu sözleşmede işçinin temel borcu, TBK m.395’de açıkça yer aldığı üzere bizzat çalışma borcudur. Bunun yanı sıra m.396’da yer alan özen ve sadakat borcu, üretim araçlarına özen gösterme, sır saklama, iş ilişkisi devam ettiği sürece işvereni ile rekabet etmeme gibi birçok yan borcu da içermektedir. Ayrıca işçinin borçları arasında, m.397’de teslim ve hesap verme borcu, m.398’de fazla çalışma borcu ile m.399’da düzenlemelere ve talimatlara uyma borcuna yer verilmiştir²⁴⁵.

İşçinin iş görme edimine aykırı olan her davranışı için cezaî şart kararlaştırılması, işçinin yükümlülüklerinin ağırlaşmasına ve bazı durumlarda, işverenin haksız zenginleşmesine neden olabilecektir. Dolayısıyla her somut olay bakımından, işverenin cezaî şart talep etmesini haklı kılan esaslı nitelikte bir menfaati olup olmadığının araştırılması gerekir²⁴⁶. Bu kapsamda işverenin, cezaî şart yoluyla alacağının ifa edilmesini güvence altına almak istemesine, iş sözleşmesinin ihlali halinde ortaya çıkan hukuki sonuçlar dikkate alınarak anlam yüklenebilecektir²⁴⁷.

²⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Elbir, s.71 vd.; Tunçomağ, s.101 vd.; Münir Ekonomi, **İş Hukuku: Ferdi İş Hukuku**, C.I, 3. bs., İstanbul, Teknik Üniversite Matbaası, 1984, s.113 vd.; Erkul, 114 vd.; Tankut Centel, “Türk Borçlar Kanunu’nda İşçinin Borçları” **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2011, S.22, s.5 vd.; Kenan Tunçomağ, Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 9. bs., İstanbul, Beta, 2018, s.96; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 9. bs., İstanbul, Beta, 2019, s.115 vd.; Ekmekçi, **Türk Borçlar Kanunu**, s.160; Kübra Doğan Yenisey, “İşverene Hizmet Akdinde Tek Trafı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C.II, İstanbul 2001, s.1177. İşçinin, diğer yan edim yükümlülükleri için de cezaî şart kararlaştırılabilir mi konusu doktrinde ele alınmıştır. Örneğin işçinin, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi haline yönelik kararlaştırılan cezaî şart, işçinin bu yükümlülüğünü yerine getirmesinde işverenin esaslı nitelikte menfaati bulunduğundan geçerli kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Aykaç, s.710-711.

²⁴⁶ Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.23; Karagöz, s.127-128.

²⁴⁷ Santoro, s.42.

İşçinin iş sözleşmesini hiç ifa etmemesi halinde, işverenin genel hükümler uyarınca zararın tazminini talep hakkı vardır. Bunun yanı sıra başvurabileceği diğer imkânlar, iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi veya ifa davası açması ya da ödemezlik def'i ileri sürerek ücret ödemekten kaçınmasıdır²⁴⁸. Yine işyerindeki düzenin sağlanması için işverene, İş Hukuku temelli disiplin cezası belirleme yetkisi de verilmiştir²⁴⁹. Kimi zaman bu hukuki sonuçlar sözleşmenin ihlalinin ağırlığına nazaran yetersiz kalabilmektedir. İşte bu durumda cezaî şart kararlaştırılmasında menfaat olduğu söylenebilecektir.

İş sözleşmesinden doğan borcun işçi tarafından ihlal edilmesi, her durumda işveren bakımından zarar ortaya çıkmasına da neden olmamaktadır. Fakat zarar olmasa da ortada borca aykırılık vardır. Örneğin işçinin bizzat iş görme borcu olmasına rağmen, işi bir akrabasının yerine getirmesi durumunda, zarar doğmasa da borca aykırılık vardır. İşte zararın ispatının güçlük yarattığı haller, işverenin cezaî şart talep etmesi için haklı menfaati olduğuna işaret edebilecektir²⁵⁰.

b. İşçinin Bizzat Çalışma Borcu ve Cezaî Şart

İşçinin, iş sözleşmesinden doğan temel borcu, TBK m.395 (OR m.321) uyarınca işin görülmesidir. İşçinin kişiliği ile iş ilişkisi arasındaki sıkı bağ sonucu, sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçinin bizzat çalışma borcu vardır²⁵¹. Bu düzenleme “aksi anlaşılmadıkça” ifadesi dolayısıyla, tamamlayıcı niteliktedir²⁵².

²⁴⁸ BK-Rehbinder, Stöckli, Art 321/e, Rn. 5-7; Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, **Basler Kommentar: Obligationenrecht I**, Art 1-529, 4. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2007, Art 321, N.31.

²⁴⁹ Basler Kom., OR I-Portmann, Art 321, N.31; Vischer, Müller, §15, N.55; Santoro, s.42.

²⁵⁰ Santoro, s.42; Schwerdtner, s.633.

²⁵¹ Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 321, N.1; Jörg Schmid, Adrian Staehelin, **Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht: Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag: Art 330b-355, Art 361-362 OR**, Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2014, Art.321, OR N.1; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 321, N.1; Elbir, s.71; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.113; Süzek, s.337; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 31. bs., İstanbul, Beta, 2018, s.282; Tunçomağ, Centel, s.96; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.115-116; E. Tuncay Senyen-Kaplan, **Bireysel İş Hukuku**, 9. bs., Ankara Gazi Kitabevi, 2018, s.156.

²⁵² İşçi, işini görürken ifa yardımcısı kullanabilecektir; çünkü işçinin bizzat çalışma borcu buna engel olmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ZK-Staehelin, Art.321, OR N.1; Basler Kom., OR I-Portmann,

İşçi, iş görme borcunu ifa etmez veya kötü ifa ederse, hukuki yaptırımlarla karşılaşacaktır. Bu durumda işveren, iş sözleşmesini İŞK m.25/2'ye dayanarak haklı nedenle feshedebilecek ve tazminat talep edebilecek, TBK m.112 ile m.400 uyarınca zararın tazminini isteyebilecek, ödemelik def'i ileri sürerek ücret ödemekten kaçınabilecek, kararlaştırılmışsa disiplin cezası da verilebilecektir. Tüm bunların yanı sıra sözleşmede yer verilmiş ise cezaî şart talebi de gündeme gelecektir²⁵³. Cezaî şart ile TBK m.400 düzenlemesinin ilişkisi ise bir alt başlıkta ayrıntılı olarak incelenecektir.

c. İşçinin Özen Borcu ve Cezaî Şart

TBK m.396'da (OR m.321/a) düzenlenen işçinin özen borcu, işçinin yüklendiği işi kendisinden beklenen özenle yerine getirmesini gerektirmektedir. TBK m.396/2'de bazı haller sayılarak, bu hallerde özen borcuna uygun davranılması gerektiğine açıkça yer verilmiştir. Buna göre, işçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür²⁵⁴.

TBK m.396'da düzenlenen bir başka borç ise işçinin sadakat borcudur. Sürekli borç doğuran iş sözleşmesi, kişisel özellikleri öne çıkaran bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla sadakat borcu çerçevesinde, karşılıklı menfaatlerin güven prensibi gereği

Art 321, N.1; Süzek, s.338; Tunçomağ, Centel, s.96. Aksi görüşte bkz. Elbir, s.71; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.114.

²⁵³ İşçinin iş görme borcunu yerine getirmemesinin hukuki yaptırımları hakkında bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 321/e, N.6-9; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 321, N.31; Süzek, s.343-344; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.285 vd.. İşçi işi gördüğü sırada ifa yardımcısından yararlanmışsa, verdiği zarardan TBK m.116 gereğince sorumlu olacaktır Süzek, s.338; Gaye Baycık, **Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s.28.

²⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Basler Kom., OR I-Portmann, Art 321, N.1; ZK-Staehelin, Art.321/a, OR N.1; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 321/a, N.1; Alfred Hueck, Hans Carl Nipperdey, **Lehrbuch des Arbeitsrecht**, Band I, 7. Auflage, Berlin, Franz Vahlen, 1963, §35 II, 1; Nikisch, §27, V, 1; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.121; Sermet Akman, "Tehlikeli ve Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu", **İÜHFM**, 1976, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, s.425; Süzek, s.344-345; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.284-285; Tunçomağ, Centel, s.100; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.117; Baycık, s.123 vd.. Bu konuda bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. Y.HGK., T.19.03.2014, E.2013/22-1201, K.2014/373, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 2.10.2018.

dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle de bu borcun köklerinin, dürüstlük kuralına dayandığı kabul edilmektedir²⁵⁵.

İşçi, edimin gereği gibi yerine getirilmesi için dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket etmekle yükümlüdür. Borcun sınırlarını, işçinin ve işverenin haklı menfaatinin korunması oluşturmaktadır²⁵⁶. Bu kapsamda işçi, işverene özellikle zarar verecek davranışlardan kaçınmalı ve ayrıca işin özenle yapılmasını sağlayacak pozitif davranışları da yerine getirmelidir²⁵⁷.

TBK m.396'da, sadakat borcuna aykırılık oluşturacak iki hal açıkça sayılmıştır. Bunlar, iş ilişkisi devam ettiği sürece işverenle rekabet etmeme ve sır saklama borcudur. Fakat bu noktada belirtilmelidir ki sadakat borcuna aykırı işçi davranışlarının neler olduğunun tek tek sayılması mümkün değildir. Dolayısıyla kanunda sayılı haller dışında, sadakat borcuna aykırı davranışlar da ortaya çıkabilir. Bu konuda kanundan verilebilecek bir örnek, İşK m.25/2, e'de haklı fesih nedeni olarak sayılan hallerdir²⁵⁸.

İşçi tarafından özen borcu ile sadakat borcuna aykırı davranılmasının, çeşitli hukuki sonuçları vardır. Örneğin, sözleşmenin geçerli veya haklı sebeple feshedilmesi

²⁵⁵ BK-Rehbinder, Stöckli, Art 321/a, N.2; Vischer, Müller, §15, N.2; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.128-129; Süzek, s.348 vd.; A.Can Tuncay, "İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü", **Prof. Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.II, İstanbul, Beta, 2001, s.1043; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.294-295; Gülsevil Alpagut, "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.25, Mart 2012, s.23; Arzu Arslan Ertürk, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul, On İki Levha, 2010, s.7 vd.; Baycık, s.43.

²⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, Art 321/a, N.9; ZK-Staehelin, Art.321/a, OR N.7-8; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 321/a, N.17; Tunçomağ, Centel, s.102; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.13-138; Alpagut, **Sadakat Borcu**, s.31.

²⁵⁷ Özen borcu çerçevesinde işçinin kaçınması gereken davranışlara örnek olarak, işveren aleyhine hırsızlık, güveni kötüye kullanma, hakeret vb. suç oluşturan hukuka aykırı veya uygun olmayan davranışlarda bulunmak, diğer çalışanların kişilik haklarına aykırı davranmak suretiyle işyerindeki huzurun bozulması, işyerindeki araç ve gerecin yüksek masrafa neden olacak şekilde veya çalışma saatlerini aksatacak şekilde kişisel amaçlı kullanılması, hatalı mal üretilmesi, üstlenilen edimin kalite ve miktarına uygun olmadan ifa edilmesi, işverenin izni olmadan ve işverenle rekabete neden olacak şekilde ücret karşılığı üçüncü kişilerle yan bir faaliyette bulunulması gösterilmektedir. Bu örnekler için bkz. Basler Kom., OR I-Portmann, Art 321/a, N.3-10; Süzek, s.344. İşçinin özen borcunu yerine getirmesi için yapması gereken pozitif davranışlara örnek olarak ise işçinin iş ve işyeri ile ilgili olarak önemi haiz olaylarla ilgili işverene zamanında ve doğru bilgi verme yükümlülüğüne uygun davranması, yine işyerinde özellikle zarara ve düzensizliğe neden olabilecek önemli olayları bildirme yükümlülüğüne uygun davranması, acil durumlarda müdahale etme yükümlülüğünü yerine getirmesi gösterilmektedir. Bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, Art 321/a, N.3-8; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 321/a, N.12-13; Vischer, Müller, §15, N.9-37.

²⁵⁸ Alpagut, **Sadakat Borcu**, s.23-24. 1475 sayılı Kanun dönemi için bkz. Elbir, s.72.

(*İşK m.25, 2, e ve ı*)²⁵⁹, işveren tarafından disiplin cezası uygulanması, özen borcuna aykırı hareketin sonlandırılması için dava açılması ya da sadakat borcu kişilik haklarına yönelikse kişiliğin korunmasına dair dava açılması gibi hukuki sonuçları vardır. Bunun yanı sıra TBK m.112 ve m.400 uyarınca işverenin zararının tazmin edilmesi dışında, taraflarca cezaî şart kararlaştırılmış olması da mümkündür²⁶⁰.

İşçinin, özen ve sadakat borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi dolayısıyla işverene verdiği zararlardan sorumluluğu, TBK m.400’de açık bir hükümle düzenlenmiştir²⁶¹. Kanunda bu maddeye yer verilme amacı, işçinin sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, işverenin uğradığı zararın tazmin edilmesidir. Söz konusu hüküm, işçinin sözleşmesel sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu hüküm aslında borçlunun, sözleşme ihlali halinde sorumluluğuna ilişkin genel hüküm olan TBK m.112’nin (OR m.97) somutlaştırılmış bir halidir²⁶². İşçinin sorumluluğunun doğması için borcun hiç yerine getirilmemesi, geç ifa edilmesi veya kötü ifa edilmesi şeklinde ortaya çıkabilecek borç ihlali hallerinden birinin mevcut olması gerekmektedir²⁶³. Bu ihlaller, sıklıkla işçinin özen ve sadakat borcuna aykırılığı halinde ortaya çıkmaktadır. Fakat hükmün “*sorumluluğun belirlenmesi*” şeklindeki ifadesinden ve işçinin borçlarından

²⁵⁹ Sadakat borcuna aykırılığın sözleşme ihlali niteliğinde olduğu; fakat davranışın ağırlığına göre, geçerli nedenle feshe mi haklı nedenle feshe mi dayanılması gerektiğinin belirlenmesi yönünde bir Yargıtay kararı için bkz. Y.22.HD., T.26.05.2014, E.2013/14390, K.2014/12562, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 30.10.2018.

²⁶⁰ ZK-Staehelin, Art.321/a, OR N.4 ve 32; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 321/a, N.18; Vischer, Müller, §15, N.54; BK-Rehbinder, Stöckli, Art 321/a, N.15; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.121-122; Süzek, s.350; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.288 vd.; Alpagut, **Sadakat Borcu**, s.31; Baycık, s.28 vd..

²⁶¹ Bu düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Polat Soyer, “Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu”, **YD.**, Temmuz 1981, s.386 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.289; Tunçomağ, Centel, s.100-101; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.138; Kübra Doğan Yenisey, “Hizmet Sözleşmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha, 2012, s.306; Baycık, s.25 vd..

²⁶² Normal şartlarda borçlu, kusurundan genel hükümlere göre sorumludur. Fakat bu klasik sorumluluk esasının sürekli borç ilişkisi doğuran iş sözleşmesinde uygulanmasının, özellikle işin zarara yatkın olması halinde adil olmayacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle küçük bir ihmalin büyük zararlara neden olabileceği dikkate alınarak, işçinin bütün zararı karşılaması hakkaniyete aykırı görülmüştür. Dolayısıyla işçinin sorumluluğu özel bir hüküm yoluyla hafifletilerek, zararın bir kısmının işletme rizikosuna dâhil edilmesi düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.3; ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.3; Vischer, Müller, §18, N.24; Akman, s.425 ve 431; Münir Ekonomi, “Die zivilrechtliche Verantwortung des Arbeitnehmers im türkischen Recht” **Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht**, herausgegeben von Professor Dr. Manfred Rehbinder, Bern, Verlag Stämpfli, 1981, s.46; Baycık, s.25-26, 44.

²⁶³ BK-Rehbinder, Stöckli, Art 321/e, N.3-4. Fakat TBK m.400 uyarınca sorumluluk doğması için bu hallerin ortaya çıkması da yeterli değildir. İşçinin kusurlu davranışı ile iş sözleşmesini ihlal etmesi ve bunun sonucunda ise işverene zarar vermiş olması aranmaktadır. Bkz. Ekonomi, **İş Hukuku**, s.124; Baycık, s.38-39.

hemen sonra düzenlenmesi yönündeki kanun sistematüğinden de anlaşılacağı üzere, bizzat iş görme, itaat borcu²⁶⁴ gibi, işçinin sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü borca aykırı davranışı için düzenlenmiş bir hüküm olarak kabulü gerekmektedir²⁶⁵.

TBK m.400 uyarınca işçi, işverene kusuru ile verdiği her türlü zarardan sorumlu tutulmuştur. İsviçre’de ise hukukumuzdan farklı olarak, “*kusuruyla*” ifadesi yerine, “*kasten veya ihmalen*” verdiği zarar şeklinde düzenleme yapılmıştır²⁶⁶. Genel sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerde olduğu gibi bu hükümden çıkan sonuç, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranması halinde, zarardan sorumlu tutulması için kusurunun bulunmasının şart olduğudur. Kusurun türü bu noktada önemli değildir²⁶⁷. Genel hükümlerden farkı ise işçinin sorumluluğunun ağırlaştırılamaması; buna karşılık hafifletilmesinin mümkün olmasıdır²⁶⁸.

TBK m.400 hükmünün uygulanabilmesi için aranan diğer bir şart ise işçinin sözleşmeye aykırı davranması sonucunda, işverenin malvarlığının aktif veya pasifinde

²⁶⁴ İtaat borcuna aykırı davranılması halinde ortaya çıkan hukuki yaptırımlara ilişkin bkz. Sarper Süzek, “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, **Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan**, Ankara, Türkiye Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası 1998, s.232.

²⁶⁵ ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.3; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 321/e, N.12. Aksi görüşte bkz. Ekonomi, **İş Hukuku**, s.121-124; Polat Soyer, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, **Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2008, s.153-154; aynı yazar, **Yeni Borçlar Kanunu**, s.170-171. Türk Hukuku’nda, İsviçre Hukuku’nda olduğu gibi, özel düzenleme bulunan ihlaller dışında kalan ve işçinin borca aykırı davrandığı tüm durumlar için TBK m.400’ün uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiği; bu kabulün normun koruma amacına uygun olacağı savunulmaktadır. Bkz. Tuncay **Sadakat**, s.1046-1047; Alpagut, **Sadakat Borcu**, s.24; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.586; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri**, I, B.5, İstanbul, Beta, 2014, s.270; Baycık, s.30-38. Somut uyuşmazlığa uygulanacak özel düzenlemelere örnek olarak ise TBK m.446’da yer alan işçinin rekabet yasağına aykırı davranışı nedeniyle işverenin uğradığı zarar, TBK m.437/1’de yer alan iş sözleşmesinin işçinin sözleşmesel yükümlülüklerine aykırı davranması nedeniyle işverence haklı nedenle feshedilmesi halinde uğradığı zarar, TBK m.439’da yer alan işçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması halinde işverenin uğradığı zarara ilişkin düzenlemeler gösterilmektedir. Bu hükümlerin uygulanması halinde, TBK m.400 uygulama alanı bulmayacaktır. Bu konuda bkz. Baycık, s.38.

²⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.13-19; Vischer, Müller, §18, N.8; Ekonomi, **Verantwortung des Arbeitnehmers**, s.50; Baycık, s.100 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.586-588.

²⁶⁷ İşçinin göstermekle yükümlü olduğu özen ya da diğer ifadeyle, kusurun tespitinde, objektif ve sübjektif ölçütlerin birlikte dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Akman, s.425-426; Soyer, **İş Görme**, s.123-125; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.586-588; Senyen Kaplan, **İş Hukuku**, s.160; Baycık, s.102-103. Ayrıca özenin derecesi hakkında bkz. Arslan Ertürk, s.268-269; Mahmut Kabakcı, **Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme**, İstanbul, 2012, s.60-61.

²⁶⁸ Santoro, s.44.

bir zararının ortaya çıkmasıdır²⁶⁹. Kuşkusuz son bir şart ise işçinin borca aykırı davranışı ile zarar arasında, uygun illiyet bağı bulunmasıdır²⁷⁰.

İşçinin sorumluluğuna ilişkin TBK m.400, ikinci fıkrasında yer alan sorumluluğu sınırlandıran ölçütler bakımından genel sorumluluk hükümlerinden ayrılmaktadır (OR m.321, e/2). Şöyle ki hükmün lafzından, TBK m.400/1'in işçinin sorumluluğunun üst sınırı olduğu; buna karşılık hâkimin bu üst sınırdan, TBK m.400/2'de sayılı hallerde indirim yapabileceği sonucu çıkmaktadır. Zira işçinin sorumluluğunun derecesinin belirlenmesi, ikinci fıkra da yer alan birtakım ölçütler ile somutlaştırılmıştır. Buna göre işçinin sorumluluğu belirlenirken, işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin, işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri dikkate alınacaktır²⁷¹. Kanunda sayılı hallerin sınırlı sayıda olmadığı ileri sürülmektedir. Nitekim hâkim, TBK m.50-52 arasında kendine tanınan takdir yetkisine dayanarak, somut olayın şartlarını dikkate alabilecektir²⁷².

TBK m.400/2'de sayılan ölçütlerden en dikkat çeken, işin tehlikeli olup olmaması ölçütüdür. Bu ölçüt, İsviçre'de "Berufsrisko" yani "mesleki risk" olarak

²⁶⁹ BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 321/e, N.21-22; ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.20; Baycık, s.62-63. Baycık'a göre maddede zararın türü bakımından herhangi bir kısıtlama olmadığı için, maddi zararın yanı sıra manevi zarar da TBK m.400 uyarınca tazmin edilebilecektir. Bkz. Baycık, s.63. Aynı yönde bkz. Kübra Doğan Yenisey, "Türk Borçlar Kanunun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2014, s.84-85.

²⁷⁰ BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 321/e, N.22; ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.20-21; Baycık, s.78. İşçinin sözleşmeye aykırı davranışı ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması gerektiğine ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. Y.9.HD., T.03.02.2009, E.44991, K.2009/1051, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 30.10.2018.

²⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekonomi, **Verantwortung des Arbeitnehmers**, s.50; aynı yazar, **İş Hukuku**, s.123-124; Polat Soyer, "Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları**, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.171-173; Gülsevil Alpagut, **İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi**, **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yayını, 2016, s.52; Doğan Yenisey, **Türk Borçlar Kanunu**, s.85; Baycık, s.133 vd.. İsviçre Hukuku'nda OR m.321/e'nin ikinci fıkrasında sayılı ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Basler Kom., OR I-Portmann, Art 321/e, N.6-13; ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.7 vd..

²⁷² İşçinin işyerindeki konumu, işçiye verilmiş talimatlar, işverenin müterafık kusuru, profesyonel hayattaki deneyimleri, işçinin ücreti ve benzeri örnekler verilebilir. Bu kabul ve örnekler için bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 321/e, N.23, 28, 29; ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.11, 29, 30, 30 a; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 321/e, N.7; Ekonomi, **Verantwortung des Arbeitnehmers**, s.49 vd.; Baycık, s.123-127.

ifade edilmiştir (OR m.321/e). Doktrinde ise mesleki risk, “zarara yatkın iş” (*schadensgeneigte Arbeit*) olarak da değerlendirilmektedir²⁷³. Mesleki risk, bir mesleği icra ederken yapılması gereken faaliyetlerin niteliği gereği, özenli bir işçinin dahi önceden bilinen bazı riskleri ortaya çıkarmasıdır. Aynı şekilde işi bizzat işveren görmüş olsaydı, aynı zararlı sonucun doğacağı durumları ifade etmek için kullanılmaktadır²⁷⁴. Mesleki riskin, işletme riskinin bir parçası kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir (*Sphärentheorie-çevre teorisi*)²⁷⁵. Nitekim bu riskin, işçinin ihmalinin ağırlığı dikkate alınarak, tamamen veya kısmen işçinin üzerinden alınması daha adaletli bulunmaktadır²⁷⁶. Bu nedenle de yüksek bir mesleki risk mevcutsa, işçinin zarardan sorumluluğu belirlenirken zararın tazmininde indirimle gidilmesi kabul edilmektedir²⁷⁷. Hatta bazı durumlarda, örneğin yüksek mesleki risk yanı sıra hafif ihmal varsa, işçinin tazmin yükümlülüğünün oldukça az belirlenmesi veya tamamen ortadan kaldırılması gündeme gelmektedir²⁷⁸. Fakat bu demek değildir ki yüksek mesleki riskin var olması, işçinin özen borcunu ortadan kaldırmaktadır ya da hukuka aykırı davranışı hukuka uygun hale getirmektedir. Yüksek mesleki risk bulunması, sadece zararın tazmini bakımından indirim yapılması veya bu tazmin yükümlülüğünün ortadan kalkması şeklinde anlam ifade etmektedir²⁷⁹. İşin mesleki risk taşıması halinde de yine somut olayın diğer özellikleri de dikkate alınarak tazminat miktarı belirlenmelidir²⁸⁰.

²⁷³ BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 321/e, N.26; ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.23; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 321/e, N.6. Türk Hukuku’nda aynı yönde bkz. Soyer, **Zarara Yatkın**, s.388; aynı yazar, **Yeni Borçlar Kanunu**, s.171 vd.; Doğan Yenisey, **Türk Borçlar Kanunu**, s.85; Baycık, s.136.

²⁷⁴ ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.23; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 321/e, N.6; Hueck, Nipperdey, **Arbeitsrecht**, § 35, II, 4; Nikisch, §27, V, 4; Akman, s.426-427; Soyer, **Zarara Yatkın**, s.386 vd..

²⁷⁵ ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.23; Santoro, s.45; Akman, s.428-429; Soyer, **Zarara Yatkın**, s.394-395; Baycık, s.133-34.

²⁷⁶ BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 321/e, N.26; ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.23; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 321/e, N.6; Santoro, s.45. Türk Hukuku’nda bu yönde bkz. Soyer, **Zarara Yatkın**, s.393 vd.; Akman, s.435; Baycık, s.135.

²⁷⁷ ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.23.

²⁷⁸ BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 321/e, N.27; ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.23.

²⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.24; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 321/e, N.26; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 321/e, N.8-9.

²⁸⁰ İşin zarara yatkın olması halinde, Alman Hukuku’nda açık bir hüküm olmamasına rağmen doktrinde, işçinin hafif ihmali varsa zarardan sorumlu tutulmaması, orta derecede ihmali varsa sorumluluğu bakımından indirime gidilmesi, ağır ihmali veya kastı varsa zararın tamamından sorumlu tutulması kabul edilmektedir. Fakat Türk ve İsviçre Hukuku’nda farklı olarak, işçinin hafif ihmali olması her zaman tazminat sorumluluğundan kurtulmasını sağlamayacağı gibi, ağır ihmalinin bulunması da genel kural kabul edilerek zararın tamamından sorumlu tutulmasına yol açmaz. Somut olayın diğer özellikleri de hâkimin takdir yetkisi kapsamında tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte

Türk Hukuku'nda da TBK m.400/2'deki “işin tehlikeli olup olmaması” ölçütünün, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi mesleki risk ya da zarara yatkın iş olarak anlaşılması gerektiği görüşü hâkimdir. Şöyle ki bunun işletme riskinin bir parçası kabul edilerek, somut olay çerçevesinde sorumluluğun belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır²⁸¹. İşte hâkim, işçinin zarardan sorumluluğunu belirlerken bu ölçütleri resen dikkate almalıdır. Eğer bu ölçütler somut uyumsuzlukta mevcut ise zararın tazmininde işçi lehine indirimde gidebilecektir.

İsviçre Hukuku'nda, nispi emredici hükümleri kategori olarak sayan OR m.362 uyarınca, işçinin sorumluluğuna ilişkin düzenleme nispi emredicidir²⁸². Bu durumda akla iş sözleşmesinde, işçinin borcunu ihlal etmesine yönelik cezaî şart kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı sorusu gelmektedir. Nitekim genel hükümlerdeki cezaî şarta bakıldığında, telafi ve ceza amacının yanı sıra, zararın tazmininde ispat kolaylığı sağlama amacı bulunmaktadır²⁸³. Dolayısıyla işçi tarafından iş sözleşmesinin ihlal edilmesi durumunda zarar ortaya çıkarsa, kanunda yer alan sorumluluk düzenlemesi ile cezaî şart hükümleri kesişebilecektir. Bu nedenle her iki düzenlemenin özellikleri değerlendirilerek, nispi emredici düzenleme karşısında cezaî şartın geçerliliği için bir sonuca ulaşılabilecektir.

Cezaî şartın muaccel olması için zarar ortaya çıkması şart değildir. Öyle ki sözleşmenin ihlali edilmesi halinde zarar doğmasa bile, cezaî şartın ödenmesi

işçinin kastı, diğer ölçütlerin dikkate alınmasına engel olabilecektir. Bu konuda bkz. ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.23. Karş. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 321/e, N.26. Alman Hukuku için bkz. Grossmann/Schneider, N.133. Türk Hukuku'ndaki mevcut kurallar çerçevesinde doktrinde, Alman Hukuku'ndaki bu kabulün değerlendirmesi için bkz. Ekonomi, **İş Hukuku**, s.123; Akman, s.431-433; Soyer, **Zarara Yatkın**, s.389 vd.; Doğan Yenisey, **Türk Borçlar Kanunu**, s.85; Baycık, s.158-159. İşverenin, bir iş için işçi alırken, işin gerektirdiği yetenek ve nitelikleri dikkate alarak işe uygun işçiye seçmesi, işçiye talimat vermede ve denetlemede özen göstermesi gerekmektedir. Eğer işveren bu hususa dikkat etmez ve bu nedenle işçi tarafından verilen bir zarar ortaya çıkarsa, işçinin sorumluluğu belirlenirken bu husus da işverenin müterafık kusuru sayılarak, indirim nedeni olarak değerlendirilecektir. Zira bu husus, TBK m.400/2'de açıkça ifade edilmiştir. Bkz. ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.10, 29-30; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.124; E. Tuncay Senyen Kaplan, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanların Yükümlülükleri Ve Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.31, Y.2014, s.43; aynı yazar, **İş Hukuku**, s.161; Baycık, s.181 vd..

²⁸¹ Sözek, s.345-346; Soyer, **Yeni Borçlar Kanunu**, s.171-173; Alpagut, **Değerlendirme 2014**, s.52; Doğan Yenisey, **Hizmet Sözleşmesi**, s.306-307; Baycık, s.158 vd.; Senyen Kaplan, **Yükümlülük**, s.43.

²⁸² BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 321/e, N.18; ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.41; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 321/e, N.19; Vischer, Müller, §18, N.22.

²⁸³ Müller, s.14-16. Cezaî şartın amaçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 1. Bölüm, II.

gerekecektir. Buna karşılık tazminat sorumluluğu bakımından zararın ortaya çıkması ve zararın ispatlanması zorunludur. Dolayısıyla cezaî şart kararlaştırılarak, zarardan bağımsız şekilde işçinin sorumluluğunun düzenlenmesi, OR m.321/e'nin nispi emredici yapısına aykırılık oluşturmaktadır²⁸⁴. Buna karşılık cezaî şartın, zarar ortaya çıkmasına bağlı olarak kararlaştırılması halinde bile, sorumluluk hükmü ile bağdaşmayacağı savunulmaktadır. Buna gerekçe olarak ise cezaî şart anlaşmasında ne kadar cezaî şart kararlaştırıldı ise onun ödenecek olması gösterilmektedir. Hal böyleyken OR m.321/e'de yer alan zararın belirlenmesine dair ölçütler dikkate alınmayacaktır. Bunun sonucu olarak ise örneğin, işveren üzerinde olması gereken mesleki risk, kısmen dâhi olsa işçiye yüklenebilecektir. Buna karşılık OR m.321/e'deki zarar miktarının tespitindeki indirim nedenleri, OR m.163/3'deki hâkimin cezaî şartta indirim yapma yetkisi ile de telafi edilemeyecektir. Nitekim cezaî şartta indirim yapılabilmesi için, cezaî şartın aşırı olması zorunludur. Bununla beraber OR m.321/e'deki indirim nedenlerinin değerlendirilmesi için böyle bir şart aranmamaktadır²⁸⁵.

Sonuç olarak İsviçre Hukuku çerçevesinde işçi tarafından iş sözleşmesinin ihlali için cezaî şart kararlaştırılması, işçinin sorumluluğu hükmünün nispi emredici yapısına aykırılık oluşturmakta olup, geçersiz kabul edilmektedir. Zira cezaî şart kararlaştırılması işçinin sorumluluğunu hafifletmemekte, aksine kanuni sorumluluğuna nazaran ağırlaştırmaktadır²⁸⁶.

Alman Hukuku bakımından ise işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesi ve iş ilişkisi sırasında rekabet etmeme yasağının ihlaline yönelik olarak cezaî şart kararlaştırılması geçerli kabul edilmektedir. İşverenin haklı menfaatinin de bu yorumu gerektirdiği savunulmaktadır. Ayrıca işverenin, işçinin borca aykırı davranışı halinde sadece zararın tazminini talep hakkına sahip olması, ispat zorlukları da gözetilerek

²⁸⁴ Müller, s.14-16; Santoro, s.47.

²⁸⁵ Santoro, s.47. Aksi görüşte bkz. Vischer, Müller, §18, N.23.

²⁸⁶ Müller, s.14; Santoro, s.48. OR m.321/e'nin nispi emredici yapısı, işçinin sorumluluğunun iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile ağırlaştırılamayacağı, buna karşılık hafifletilebileceği sonucunu doğurmaktadır. Bkz. ZK-Staehelin, Art.321/e, OR N.41; Müller, s.16-17.

yeterli bulunmamaktadır. İşçinin sır saklama gibi iş sözleşmesinden doğan diğer yan borçları da bu kapsamda değerlendirilmektedir²⁸⁷.

Türk Hukuku bakımından ise kanaatimizin, işçinin borca aykırı davranması halinde cezaî şart ödenmesinin kararlaştırılabileceği yönünde olduğunu ifade etmek isteriz²⁸⁸. Zira İsviçre Hukuku'nda cezaî şart kararlaştırılmasının kabul edilmemesinin esas nedeni olarak, tazminat sorumluluğuna ilişkin hükmün, kanunda açıkça nispi emredici niteliğe sahip olarak düzenlenmesi gösterilmektedir²⁸⁹. Oysa ki mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, Türk Borçlar Kanunu'nda hükümlerin hukuki niteliğini tek tek ve kâti şekilde kategorileştiren benzer bir hükme yer verilmemiştir²⁹⁰. Bu husus kanun koyucunun bilinçli tercihi olarak görülebilir.

²⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Lohr, s.430-431.

²⁸⁸ Doktrinde Alpagut da sadakat borcuna aykırılık haline yönelik cezaî şart kararlaştırılmasını geçerli kabul etmektedir. Bu görüş için bkz. Alpagut, **Sadakat Borcu**, s.31.

²⁸⁹ Hukukumuzda Senyen Kaplan, TBK m.400 düzenlemesinin İsviçre Borçlar Kanunu m.321/e düzenlemesi gibi nispi emredici nitelikte olduğu görüşündedir. Bkz. Senyen Kaplan, **Yükümlülük**, s.42.

²⁹⁰ TBK m.400'ün İsviçre Hukukunda olduğu gibi nispi emredici niteliği haiz olduğu, dolayısıyla işçinin kanuni sorumluluğundan daha yüksek miktardan sorumlu olacağına yönelik sözleşmelerin geçersiz olacağı şeklindeki kabul için bkz. Turhan Esener, **İş Hukuku**, 3. bs., Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, s.155-156; Baycık, s.300, 304. Son yazarın, her ne kadar İsviçre Hukuku'ndaki gibi hukuki niteliğe yer veren katalog düzenleme, TBK'da yer alması bile, TBK m.400'ün amacının iş sözleşmesinin ekonomik açıdan güçsüz tarafının, güçlü tarafına karşı korunması olduğu ve bu nedenle işçi aleyhine kararlaştırılan cezaî şartın geçersiz kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşü için bkz. Baycık, s.306-307. Bu görüşe bir başka dayanak olarak, 818 sayılı Kanun döneminde İş Hukuku doktrininde iş görme borcunun her türlü ihlali hali değil, işe başlamama veya sözleşmeyi haksız ya da usulsüz şekilde feshetme halinde, yani iş görme ediminin hiç ifa edilmemesi halinde cezaî şart kararlaştırılabileceği kabulü gösterilmektedir. Dolayısıyla günümüzde de işçi aleyhine cezaî şartın, iş görme ve özen borcunun hiç ifa edilmemesi hali ve mesleki eğitim gideri karşılığı olarak kararlaştırılabileceği savunulmaktadır. Aynı görüşe göre, sır saklama ve rekabet etmeme borçları ise istisnadır. Bu borçlara aykırılık hali için cezaî şart kararlaştırılabilmelidir. Bu görüş için bkz. Baycık, **Cezai Şart**, s.7-8. Biz bu görüşe iki yönden katılmıyoruz. İlk olarak işçinin borca aykırılığını, kötü ifa ve hiç ifa etmeme olarak ikiye ayırıp, cezaî şartın geçerliliği bakımından farklı sonuca varılması bakımından haklı bir neden göremiyoruz. İkinci olarak Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen katalog düzenlemeye (*OR m.362*), "sadece" mehzaz Kanun'da yer aldığı için hukukumuz bakımından önem atfetmek kanımızca yeterli bir gerekçe değildir. Mehzaz Kanun'da yer alan hükümler, kuşkusuz yol gösterici olarak değerlendirilebilir; fakat bu yapılırken hükmün tarihçesi, yürürlüğe girdiği ülkenin ve çağın özellikleri, uygulamanın gereksinimleri de dikkate alınmalıdır. Nitekim kanun koyucu, çoğu hükmü aynen iktisap ederken, mehzaz Kanun'daki katalog niteliğine sahip bu hükme kanaatimizce bilinçli şekilde yer vermemiştir. Dolayısıyla işçinin korunması ilkesi ile işverenin haklı menfaatinin korunması düşüncesi birlikte dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmalıdır. İşçinin sözleşmenin çoğunlukla zayıf tarafı olduğu bir gerçektir; buna karşılık işçinin iş görme ve özen borcuna aykırı davranışının işveren bakımından katlanılması güç miktarda zarara neden olabileceği ve zararın ispatındaki zorluk da dikkate alınmalıdır. Bu itibarla, işçinin borcunu ihlal etmesi halinde sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça seçimlik cezaî şartın geçerli olacağı kanaatimizdir. Bu kabul, işçinin ekonomik olarak güçsüz taraf olduğu gerçeğini de tamamen göz ardı etmek anlamına gelmemektedir. Nitekim işçinin ekonomik durumu, cezaî şartın aşırılığının hâkim tarafından takdirinde indirim ölçütü olarak değerlendirmeye alınacaktır.

Dolayısıyla hem mehzaz kanundaki hükme Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilmemesi hem de işçinin borca aykırı davranışı halinde çoğu zaman işverenin de kanuni sorumluluk hükmü dışında korunması gerekliliği, bizi cezaî şart kararlaştırılabileceği sonucuna ulaştırmaktadır. Nitekim günümüzdeki teknolojik gelişmelerin sonucu olarak birçok çalışma alanında sır saklama, rekabet etmeme ve benzeri işçi borçlarının ihlal edilmesi halinde, zararın ve miktarının oldukça büyük olması olasıdır. Fakat sadece tazminat sorumluluğunun kabulü, zararın ispatının güç olması nedeniyle “işverenin haklı menfaatlerinin korunması”nı sağlayamayacaktır. Ayrıca TBK m.400’ün tek amacının, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu’nun ilgili hükmünün yürürlüğe girdiği çağ dikkate alınarak ileri sürülen “işçinin korunması ilkesi” olmadığını da belirtmeliyiz. Nitekim rizikonun taraflar arasında adil şekilde dağıtılması amacı da dikkate değerdir²⁹¹. Bu nedenle işçinin borca aykırı davranması halinde, TBK m.179-182’de yer alan cezaî şart hükümleri, TBK m.420’deki karşılıklılık kuralı da dikkate alınarak uygulama alanı bulmalıdır.

2. İşverenin Borçları Bakımından

a.Genel Olarak

İş sözleşmesi karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğu için, işçinin borçları karşısında işverenin borçları yer almaktadır. İşçinin iş görme borcuna karşılık, işverenin ücret ödeme borcu; sadakat borcuna karşılık ise işverenin işçiyi gözetme borcu bulunmaktadır. İşverenin diğer bir önemli borcu ise eşit davranma borcu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu başlık altında, işverenin borçlarını yerine getirmesini güvence altına almak amacıyla cezaî şart kararlaştırılmasının geçerliliği, kanunda yer alan hukuki sonuçlar ile birlikte değerlendirilecektir²⁹².

²⁹¹ İşçinin sorumluluğunun sınırlandırılmasının asıl gerekçesi olarak riziko dağılımını öne süren görüş için bkz. Akman, s.428.

²⁹² Santoro, s.61.

b. Ücret Ödeme Borcu ve Cezaî Şart

İşverenin, iş sözleşmesinden doğan temel borcu ücret ödeme borcudur. Ücret iş sözleşmesinin kurucu unsuru sayıldığından, ücret olmaksızın bir iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez²⁹³. Kuşkusuz burada ücretin mutlaka sözleşmede kararlaştırılmış olması değil, işin ücret karşılığı yapılması anlaşılır.

İşverenin, işçinin ücretini tamamen veya kısmen ödememesi halinde, kural olarak borçlu temerrüdü gündeme gelecektir. Böyle bir durumda işçi tarafından temerrüt hükümlerine başvurabilmek için, TBK m.117 vd.'da (*OR m.102*) düzenlenen temerrüt şartlarının yerine getirilmesi gerekecektir²⁹⁴. İşveren tarafından ücret ödeme borcunun yerine getirilmemesi halinde, işçinin hukuki yaptırım olarak başvurabileceği farklı seçenekler de mevcuttur. İşçi tarafından ücret talebi için alacak davası açılabilmesinin yanı sıra, İşK m.34'de (*OR m.82*) yer alan çalışmaktan kaçınma hakkı ile İşK m.24/2 gereği haklı nedenle iş sözleşmesini fesih hakkı vardır²⁹⁵.

Ücretin kısmen veya tamamen ödenmemesi haline yönelik olarak sözleşmede cezaî şart kararlaştırılabilecektir. Zira kanunda cezaî şart kararlaştırılmasını engelleyen herhangi bir düzenleme mevcut değildir²⁹⁶. Buradaki cezaî şart, genellikle ücretin belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemesine ilişkin olacağından, ifaya eklenen cezaî şart olarak karşımıza çıkacaktır. Şüphesiz taraflar aksine düzenleme de öngörebilirler²⁹⁷.

²⁹³ İşverenin ücret ödeme borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Elbir, s.73 vd.; Tankut Centel, **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul, Türkiye Denizciler Sendikası, 1987, s.43 vd.; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.129-130; Süzek, s.362 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.310 vd.; Şahin Çil, **İş Hukukunda İşçinin Ücreti**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s.70 vd.; aynı yazar, "İşçi Ücretinin Ödenmemesinin Sonuçları", **Sarper Süzek'e Armağan**, C.II, İstanbul, Beta, 2011, s.1271 vd..

²⁹⁴ Örnek olarak, ücret ödeme günü belirlenmemişse, işçinin işvereni ihtar etmesi şartı gösterilebilir. Bu konuda bkz. ZK-Staehelin, Art.323, OR N.15; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 323, N.24; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art.323, N.3; Von Tuhr, Escher, 1974, s.139; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 323, N.3.

²⁹⁵ ZK-Staehelin, Art.323, OR N.15; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 323, N.25; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art.323, N.3; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 323, N.4-7; Süzek, s.381 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.330-333; Çil, **Ücret Ödenmemesi**, s.1272 vd..

²⁹⁶ BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 323, N.25.

²⁹⁷ Ücretin ödenmemesi halinde taraflar fesih hakkını kullanana kadar iş sözleşmesi devam edecektir. Bu nedenle genellikle ücretin ödenmemesi hali bir gecikme olarak vuku bulmaktadır. Bu nedenle kanunda düzenlenen seçimlik cezaî şartın koşulları ortaya çıkmamaktadır. Seçimlik cezaî şart, ücretin ödenmemesinin sözleşmenin işveren tarafından haksız feshi olarak kabul edildiği veya işçinin ücretin ödenmemesi dolayısıyla haklı fesih hakkını kullandığı durumlarda feshe bağlı olarak kararlaştırılmaktadır. Dolayısıyla ücretin ödenmemesine ilişkin olarak taraflarca aksine bir

Bu kapsamda cezaî şart kararlaştırılmış olması, işçinin İş Kanunu m.34'deki çalışmaktan kaçınma hakkını veya İşK m.24/II, e uyarınca haklı nedenle fesih hakkını kullanmasını engellemez. İşçi, bu haklarını kullansa bile, ayrıca hem borcun ifasını, yani ücretinin ödenmesini hem de ödenmeyen günler için cezaî şartı talep edebilir. Aynı şekilde alacaklı, ifaya eklenen cezaî şart talep ederse, İşK m.34'de yer alan gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faizi de talep edilebilir²⁹⁸.

c. İşçiyi Gözetme Borcu ve Cezaî Şart

İşverenin bir başka önemli borcu ise işçiyi gözetme borcudur (*Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers/Fürsorgepflicht*). İşverenin, işçiyi gözetme borcu,

kararlaştırma yapılmadıkça, fesih gerçekleşmediği için seçimlik cezaî şart hükümleri uygulanmayacaktır.

²⁹⁸ Bu doğrultuda bkz. Helvacı, s.90-91; Kocaağa, s.195-196. Para borçları bakımından sözleşmede aksine bir düzenlemeye yer verilmedikçe cezaî şart ile birlikte temerrüt faizi istenemeyeceği yönündeki aksi görüş için bkz. Oğuzman, Öz, C.II, s.538; Ekinci, s.39. İşK m.34'de yer alan faiz, işçinin ücretinin ödenmemesi haline yönelik temerrüt faizidir. Temerrüt faizi ödenmesi için, cezaî şart talebinde de olduğu gibi alacaklının zararını ispat etmesi beklenmez. Fakat bu yönden aralarındaki benzerliğe rağmen, iki yaptırım birbirinden farklıdır. Hukuki temel bakımından incelendiğinde, temerrüt faizi, sadece para borçları için doğrudan kanundan kaynaklanan bir zararın tazmini halidir. Oysa ki her türlü borç için kararlaştırılabilecek olan cezaî şartın talep edilebilmesi için sözleşmede düzenlenmiş olması gerekir. İki yaptırımın amaçları da farklıdır. Temerrüt faizi, alacaklının parayı belirli süre kullanmaktan mahrum kalması nedeniyle, paranın kullanım değerinin alacaklıya ödenmesini sağlar. Buna karşılık cezaî şartın güvence, telafi ve/veya cezalandırma amaçları vardır. Diğer bir farklılık ise kusurun varlığı açısından ortaya çıkmaktadır. Temerrüt faizinin işlemeye başlaması bakımından borçlunun kusuru bir önem arz etmemektedir. Bununla beraber cezaî şart, sözleşmeye aykırılık bakımından borçlunun kusurunun bulunması şartına bağlıdır. Yine temerrüt faizi bakımından kanunda bir üst sınır öngörülmüş olup, cezaî şartın miktarı için kural olarak bir üst sınır mevcut değildir. Kuşkusuz cezaî şartın miktarı için TBK m.27 ile TBK m.182/3 sınırlama oluşturmaktadır. Ayrıca TBK m.122'ye göre, temerrüt faizini aşan zararın talebi için alacaklının borçlunun kusurunu ispat etmesi beklenmez; borçlu kusursuz olduğunu ispat etmelidir. TBK m.180/2'de ise cezaî şartı aşan zararın talep edilebilmesi için alacaklı, borçlunun kusurunu ispat etmelidir. Tüm bunların yanı sıra TBK m.121/2'de temerrüt faizine ilişkin yapılacak anlaşmaların cezaî şart hükümlerine tâbi olacağına yer verilmiştir. Bu hüküm ile iki yaptırımın birbirinden esasen farklı olduğuna dikkat çekildiği söylenebilir. Bu nedenle ifaya eklenen cezaî şart talep edilmesi, temerrüt faizi talebini kanaatimizce de engellemez. Seçimlik cezaî şartta ise seçim hakkı cezaî şart yönünde kullanıldığında asıl borç sona erdiğinden, asıl borca bağlı olan temerrüt faizi de ortadan kalkacağından temerrüt faizi artık talep edilemez. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karahasan, s.478; Tekinay vd., s.929 vd.; Gauch/Schluep/Rey, Rn.2989; Eren, s.1127, 1215; Serozan, s.224-225; Mehmet Helvacı, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, İstanbul, 2000, s.102; Kocaağa, s.188vd.; Kabaklıoğlu Arslanyürek, s.41-42. Arsebük ise temerrüt faizinin, kanunen belirlenmiş bir cezaî şart niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Bu görüş için bkz. Arsebük, 988. Sözleşmede aşırı miktarda kararlaştırılan ticari temerrüt faizine, cezaî şartın indirilmesine ilişkin TBK m.182/3'ün kıyasen uygulanabileceği yönünde bkz. Oğuzman, Öz, s.538-539. Kanundaki temerrüt faizi oranından fazla olarak sözleşmede bir oran kararlaştırılmasını cezaî şart sayan görüş için bkz. Ekinci, s.43.

aslında Anayasa'nın birçok maddesinde yer alan bir yükümlülüktür (AY m.2, 17, 19, 20, 24, 25). Bu borç, işverenin işçiyi koruması ve gözetmesi biçiminde kendini göstermekle birlikte, esasen oldukça geniş bir kapsama sahiptir. Bu kapsama, TBK m.417'de (OR m.328) düzenlenen "işçinin kişiliğinin korunması" borcu da girmektedir. Söz konusu düzenlemenin kökleri TMK m.2'de (ZGB m.2) düzenlenen dürüstlük kuralına ve TMK m.23'de (ZGB m.28) düzenlenen kişilik hakkına dayandırılmaktadır²⁹⁹. İşçinin kişiliğinin korunması yanında bu borcun kapsamına, yaşam ve sağlık hakkı, ahlaka uygun çalışma düzeni, cinsel tacizin önlenmesi, vücut ve ruh bütünlüğünün (özellikle de psikolojik tacize karşı önlem alınarak) korunması, özel hayat ve mesleki onurun korunması, işçinin eşyalarının ve araçlarının çalınmaması için önlem alınması, işçiye gerekli bilgilerin verilmesi gibi yapma ve yapmama yükümlülükleri de dâhil kabul edilmektedir³⁰⁰.

İşverenin, işçiyi gözetme borcunu yerine getirmemesi halinde, işçinin başvurabileceği birçok hukuki yaptırım mevcuttur. Fakat bu yaptırımlar, kanunda özel bir hüküm altında düzenlenmemiştir. Bu nedenle genel hükümler uygulama alanı bulmaktadır³⁰¹. İşverenin gerekli önlemleri almaması halinde genel olarak, işçinin haklı fesih hakkını kullanması, işverene karşı manevi tazminat davası, hukuka aykırılığın tespiti davası veya ifaya yönelik dava açması ya da TBK m.112 (OR m.97) uyarınca ortaya çıkan zararın tazmin edilmesini talep hakkı vardır³⁰². Zararın tazmini ise Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde yer alan kurallara tâbidir. Bunun dışında 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu³⁰³'nin 13.maddesinde yer alan

²⁹⁹ BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 328, N.2; Vischer, Müller, §16, N.1-2; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 328, N.1; Süzek, s.401; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.340.

³⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ZK-Staehelin, OR Art. 328, N.4-11; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 328, N.3 vd.; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 328, N.10 vd.; Elbir, s.87-88; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.154 vd.; Süzek, s.399 vd.; Tankut Centel, "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2011, s.13 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.339 vd.; Sevimli, **Kişiliğin Korunması**, s.110 vd..

³⁰¹ Vischer, Müller, §16, N.58.

³⁰² Hukuki yaptırımlara dair ayrıntılı bilgi için bkz. ZK-Staehelin, OR Art. 328, N.14-15; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 328, N.20-26; Vischer, Müller, §16, N.58; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 328, N.52; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.155; Süzek, s.410; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.349-350, 381 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.188; Sevimli, **Kişiliğin Korunması**, s.23-25.

³⁰³ RG.T. 30.06.2012, RG.S.28339.

şartlar mevcutsa, işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğünü ihlal etmesi kapsamında işçiler çalışmaktan kaçınabilirler³⁰⁴.

İşverenin iş sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getirmemesi haline yönelik olarak cezaî şart kararlaştırılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Buna karşılık özellikle işçinin gözetilmesi borcunun ayrıca incelenmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁰⁵. Nitekim işçinin gözetilmesini amaçlayan bu borç, nispi emredici nitelikte kabul edilmektedir. Dolayısıyla ne işçinin gözetilmesi ne de işverenin sorumluluğunun belirlenmesi sözleşmesel olarak sınırlandırılabilir. Sadece işçinin kişiliğinin korunmasına yönelik hükmün, işveren aleyhine ağırlaştırılması mümkündür³⁰⁶.

Cezaî şart, alacaklı tarafın ediminin güvence altına alınmasına hizmet ettiği ve işçi lehine kararlaştırıldığı için işçinin gözetilmesine yönelik hükümlerle uyum sağlamaktadır. İşveren tarafından seçimlik cezaî şart vaat edilmesi durumunda işçi, kanuni hakları ile cezaî şart arasında seçim yapabilecektir. Yine ifaya eklenen cezaî şartta da kanuni hakların yanı sıra cezaî şart talep edilebildiği için, her durumda işçi lehine sonuç doğacaktır. Hal böyleyken özellikle seçimlik cezaî şartın geçerli kabul edilebilmesi, ancak işçinin kanuni haklarına nazaran daha iyi bir koruma sağlanması halinde mümkündür. Yani cezaî şart miktarı, zararın tazmini hükümlerinin üstünde kararlaştırılmış olmalıdır. Bununla beraber işçiyi gözetme borcunun ihlali halinde ortaya çıkacak zararın önceden belirlenmesi çoğu zaman zordur. Dolayısıyla cezaî şartın geçerliliği de ancak borcun ihlalinden sonra belirlenebilecektir. Eğer zararın tazmini, cezaî şart miktarından az ise cezaî şart talebi geçerli olacaktır. Buna karşılık zararın tazmini hükümlerine başvurularak elde edilecek miktar cezaî şart miktarını aşıyorsa ve aşkın zararın ispatı da güç ise işçi cezaî şart anlaşmasının aleyhine olduğunu ileri sürerek, diğer haklarını talep edebilmelidir.

³⁰⁴ Bu konuda bilgi için bkz. Süzek, s.913; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.381; Erdem Özdemir, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.416. İsviçre Hukuku için bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 328, N.21.

³⁰⁵ BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 328, N.22; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 328, N.53.

³⁰⁶ ZK-Staehelin, OR Art. 328, N.26; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 328, N.22; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 328, N.53. İsviçre Borçlar Kanunu'nda, bu hükmün nispi emredici olduğuna OR m.362'de açıkça yer verilmiştir.

c. Eşit Davranma Borcu ve Cezaî Şart

İşverenin, iş sözleşmesinden doğan ve temel olarak Anayasa m.10 ile İşK m.5’de düzenlenen önemli bir diğer borcu, işçiye eşit davranma borcudur³⁰⁷. Bu borcun köklerinin, adalet ve hakkaniyete dayandığı kabul edilmektedir³⁰⁸. Bu borç kapsamına, cinsiyet ayrımcılığı yapılmaması da girmektedir. İsviçre Hukuku’nda eşit davranma borcu, Eşit Davranma Kanunu’nda (*GIG*) düzenlenmektedir ve aykırılığın hukuki sonuçları 5. maddede yer almaktadır.

Eşit davranma borcuna aykırılık halinde, kanunda yer alan tazminatlara rağmen, işçi lehine olmak üzere cezaî şart kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı ya da diğer bir deyişle işverenin kanundaki tazminat yükümlülüğünün cezaî şart ile ağırlaştırılıp ağırlaştırılamayacağı sorusunun cevabı, hükmün hukuki niteliği çerçevesinde ele alınmalıdır³⁰⁹.

Türk Hukuku’nda, eşit davranma borcunun hukuki yaptırımı çok çeşitlidir. Genel bir yaptırım olarak İşK m.5/6’da, işçinin dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminat (*ayrımcılık tazminatı*) ile yoksun bırakıldığı haklarını talep edebileceği düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra işçinin, İşK m.24/2, e ve f bentlerine dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme ve bundan doğan tazminatlarını isteme hakkı da

³⁰⁷ Ayrıca 2016 tarihinde yürürlüğe giren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda eşitlik ilkesine ilişkin düzenlemeler vardır. Bu kanun için bkz. RG.T. 20.04.2016, RG.S. 29690. Yine 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 25.maddesinde de sendikal ayrımcılığa ilişkin bir düzenleme vardır. Bu kanun için bkz. RG.T. 07.11.2012, RG.S. 28460.

³⁰⁸ Sarper Sözek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.12, Aralık 2008, s.25; aynı yazar, s.450 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.400 vd.; Fevzi Demir, “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu Ve Ayrımcılık Yasası Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, **Legal İSGHD**, C.11, S.41, 2014, s.16; Gülsevil Alpagut, “Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayrımcılık Yasası ve Oransallık İlkesi”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, C.I, İstanbul, Beta, 2010, s.25 vd.; Kübra Doğan Yenisey, “İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.2, Haziran 2006, s.974 vd.; aynı yazar, **Eşitlik İlkesi**, s.69; aynı yazar, **Eşit Davranma**, s.24; Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s.39 vd.; aynı yazar, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **III. Çalışma Yaşamı Kongresi, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları ve İş Mevzuatı**, Ankara, Ziraat Grup Matbaası, 2010, s.287. Adalet ve hakkaniyet kavramları hakkında ayrıntılı bilgi ve aralarındaki farklar ile eşit davranma ilksinin hukuki dayanağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. A.Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s.32-44, 55-61, 106 vd.; aynı yazar, **Hukuksal Etik (Legal Ethics) Dersleri**, 3. bs., İstanbul, Beta, 2017, s.42 vd., 58.

³⁰⁹ Santoro, s.66.

vardır³¹⁰. Yine sözleşmeye aykırılığa ilişkin genel hükümlere dayanarak, işverenden maddi ve manevi tazminat istenebilecektir³¹¹.

Doktrinde İşK m.5/6'nın, nispi emredici niteliği haiz bir hüküm olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla söz konusu tazminatın, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile artırılmasında bir engel görülmemektedir³¹². Bununla beraber sözleşmede doğrudan eşit davranma borcuna aykırılık haline yönelik cezaî şart kararlaştırılması da mümkündür. Zira seçimlik cezaî şart ile ifaya eklenen cezaî şart kararlaştırılması işçi aleyhine bir durum yaratmamaktadır. Yeter ki cezaî şartın miktarı kanundaki yaptırıma nazaran işçinin daha aleyhine bir sonuca yol açmasın. Bu halde seçimlik cezaî şart ile ayrımcılık tazminatı arasındaki ilişki ele alındığında, her ikisinin de amaç bakımından eşit davranma borcuna aykırılığı önlemeyi ve ihlal halinde yaptırıma bağlamayı amaçladığı görülmektedir. Dolayısıyla ayrımcılık tazminatı ile cezaî şart birbirlerinin alternatifidirler. Bu nedenle kanaatimizce, eşit davranma borcuna aykırılık halinde ya seçimlik cezaî şart ya da ayrımcılık tazminatı ile yoksun bırakıldığı haklar talep edilebilir. Manevi tazminat gibi farklı amaç ve hukuki sebebe dayanan yaptırımlar ise cezaî şart ile birlikte talep edilebilir.

İsviçre'de iş sözleşmesi kapsamında ortaya çıkan eşit davranma borcuna ilişkin hükümler mutlak emredici nitelikte kabul edilmektedir. İsviçre Hukuku'nda GİG'de tazminat miktarının sınırlandırılmış olması, kanun koyucunun yüksek miktarda tazminatlardan işvereni korumayı amaçladığını göstermektedir. Fakat GIG m.5/5'de, diğer hakların talep edilebilmesi saklı tutulmuştur³¹³.

İsviçre Hukuku'nda, GIG m.5'de yer alan hükmün tarihçesi dikkate alınarak, cezaî şart kararlaştırılması mümkün görülmemektedir. Federal Konsey, Eşit Davranma Kanunu'na ilişkin görüşünde tazminat yaptırımını konusunda, emredici hüküm olan OR m.336/a'ya, yani kötüniyetli feshin yaptırımına açıkça atıfta bulunmuştur. Yine Parlamento müzakeresinde, tazminatın üst sınırı tekrarlanmış ve sözleşmesel bir

³¹⁰ Bu yaptırımlar için bkz. Tuncay, **Eşit Davranma**, s.219 vd.; Süzek, s.465 vd.; Alpogut, **Ayrımcılık Yasası**, s.42-44; Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası", **Çalışma ve Toplum**, S.11, Y.2006, s.77 vd.; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.320 vd.; aynı yazar, **Eşit Davranma**, s.357 vd..

³¹¹ Tuncay, **Eşit Davranma**, s.222; Demir, s.18.

³¹² Süzek, s.466; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.414; Doğan Yenisey, **Eşitlik İlkesi**, s.77; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.329; aynı yazar, **Eşit Davranma**, s.360.

³¹³ Santoro, s.66.

istisnadan bahsedilmemiştir. Bunun üzerine doktrinde, kanun koyucu GIG m.5/5 uyarınca işverenin kanuni sorumluluğunun sözleşmesel olarak ağırlaştırılması imkânını düşünmüş olsaydı, bunu kanunda açıkça düzenleyebilirdi görüşü ileri sürülmüştür. Bu nedenle GIG m.5/5 için ne kanuni tazmin hakkının genişletilmesi ne de cezaî şart kararlaştırılması bakımından bir istisna kabul edilmektedir³¹⁴. Yani Türk Hukuku'ndan farklı olarak, işveren tarafından eşit davranma borcuna aykırılık bakımından, Eşit Davranma Kanunu'ndaki hükmün mutlak emredici niteliği dolayısıyla cezaî şart kararlaştırılamayacaktır³¹⁵.

D. İş Sözleşmesinin Feshi Halinde Cezaî Şartın Geçerliliği

Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğü ilkesi, iş sözleşmesinin kurulması kadar sona erdirilmesini de kapsamına almaktadır. Bununla birlikte iş sözleşmesinin sona ermesi, İş Hukuku'nun en önemli konularından birini oluşturmaktadır. Şöyle ki iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işçi, ekonomik geçim kaynağı olan işini yitirecek olup, işveren ise yeni işçi istihdam etme sürecinden geçmek zorunda kalacaktır. Dolayısıyla iş sözleşmesinin sona ermesi, ekonomik ve sosyal yönü bulunduğundan, diğer borç doğurucu sözleşmelerin sona ermesine nazaran farklı kurallara tâbi kılınmıştır³¹⁶. Buna rağmen iş sözleşmesinin de bir özel hukuk sözleşmesi olduğu gerçeği dikkate alınmalıdır. Bu nedenle konuya ilişkin olarak kanunda boşluk bulunması halinde, Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin sona ermesine ilişkin genel kuralları uygulanacaktır³¹⁷.

İş sözleşmesinin sona ermesine özel olarak, kanunda işçinin korunması amacıyla iş güvencesi gibi önlemlere yer verilirken; karşılığında işverenin fesih hakkı, sınırlandırıcı müdahalelere maruz kalmaktadır. Kuşkusuz işverenin, Anayasal sözleşme ve girişim özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi hakları bu müdahalenin sınırlarını oluşturmaktadır³¹⁸. Anayasal sınırların yanı sıra belirsiz süreli sözleşmenin, belirli bir

³¹⁴ Santoro, s.66-67.

³¹⁵ Santoro, s.67.

³¹⁶ Elbir, s.89; M. Kemal Oğuzman, **Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955, s.1; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.159; Esener, s.214; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.217.

³¹⁷ Elbir, s.89; Oğuzman, **Fesih**, s.28-29; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.783.

³¹⁸ Ekonomi, **İş Hukuku**, s.159; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.783.

süre ile sınırlı olmak, fesih hakkının özüne dokunmamak ve karşılıklı olmak şartıyla cezaî şarta bağlanabilmesi de kanaatimizce mümkündür³¹⁹.

İş sözleşmesini sona erdiren birçok neden mevcut olmasına rağmen, en önemlisi “*fesih*”tir. Fesih kurumu, mevzuatımızda haklı ve geçerli neden ayrımı yapılarak farklı kurallara tâbi tutulmuştur. İşte bu başlık altında fesih hakkını sınırlayan bir kavram olan cezaî şart, feshe hâkim olan ilkeler gözetilerek, feshin türü ile sözleşmenin süre açısından türü bakımından tüm boyutları ile ele alınmaya çalışılacaktır.

1.Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Feshi ve Cezaî Şartın Geçerliliği

Sürekli borç doğuran sözleşmeler içinde sayılan iş sözleşmeleri, belirli bir süre ile sınırlı olarak ya da süre sınırı olmaksızın imzalanabilecektir. Belirli bir süreye bağlı olmadan imzalanan belirsiz süreli iş sözleşmesi, Anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğü ilkesi (m.48) gereğince tarafların anlaşması³²⁰ ile her zaman sona erdirilebilmektedir. Bunun dışında işçinin ölümü³²¹ (TBK m.440, OR m.338) ve bazı

³¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1.

³²⁰ Tarafların anlaşması (*Aufhebungsvertrag*) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Basler Kom., OR I-Portmann, Art 335, N.27-31; Vischer, Müller, §24, N.191-202; Thomas Geiser, Roland Müller, **Arbeitsrecht in der Schweiz**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2009, §2, N.536-540; Manfred Rehbinder, **Schweizerisches Arbeitsrecht**, 15. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2002, §12, N.295-296. Türk Hukuku’nda tarafların anlaşması veya diğer adıyla ikale hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekonomi, **İş Hukuku**, s.162; aynı yazar, “İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname İle İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh”, **Legal YKİ**, 2006/1, s.36 vd.; Süzek, s.525; Tankut Centel, **İş Hukuku**, C.1: Bireysel İş Hukuku, 2. bs., İstanbul, Beta, 1994, s.169; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.425 vd.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.180 vd.; Ali Güzel, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2014, s.246 vd.; Savaş Taşkent, **İş Sözleşmesinin İkale Yoluyla Sona Erdirilmesi**, **Kamu-İş**, 2011/4, s.2; Emine Tuncay Kaplan, **İşverenin Fesih Hakkı: Sınırları, Hüküm ve Sonuçları**, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1987, s.10-11; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.218-219; Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale Sözleşmesi)”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku**, 11. Toplantı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, s.42 vd.; Muhittin Astarlı, **İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi)**, 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s.2 vd.; Mustafa Alp, “İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları”, **Legal İHSGHD**, 2008/17, s.27 vd..

³²¹ İş sözleşmesinin sona ermesi bakımından işçinin ölümünün hukuki sonuçları için bkz. Vischer, Müller, §24, N.203; Geiser, Müller, §2, N.556-560; Rehbinder, §12, N.302; Elbir, s.90; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.163-164; Tunçomağ, s.196; Esener, s.215; Süzek, s.529-530; Centel, s.169; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.432 vd.; Tunçomağ, Centel, s.197; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.183; Kaplan, s.9-10; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.219-220; Senyen Kaplan, **İş Hukuku**, s.255;

istisnai hallerde işverenin ölümü³²² (TBK m.441, OR m.338/a) de sözleşmenin fesih dışında sona ermesine yol açan hallerdir. Ayrıca iş sözleşmesinin taraflarının, kişisel ve ekonomik olarak sürekli karşı tarafa bağlı kılınmasını engellemek adına fesih hakkı tanınmıştır³²³. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da fesih hakkının varlığını, kişi özgürlüğü ilkesine dayandırmıştır. 1963 tarihli bu kararda “...ebedi iş akdi insan hürriyeti ilkesine aykırı düşer” ifadesine yer verilmiştir³²⁴.

İş sözleşmesini fesih hakkı, TBK m.431’de mutlak emredici olarak düzenlenmiştir. Ne işçi ne de işveren fesih hakkından, henüz bu hak doğmadan kendi iradesiyle feragat edebilir. Daha önce de belirtildiği üzere fesih hakkının mutlak emredici olarak belirlenmesinin amacı, tarafların, süresi belirsiz bir sözleşmeyle bağlı olmasının önlenmesi yoluyla kişi özgürlüğünün korunmasıdır³²⁵.

Fesih hakkı, tek taraflı ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bozucu yenilik doğuran bir irade açıklamasıdır. Bu hakkın kullanılmasıyla, sürekli borç doğuran iş sözleşmesi karşı tarafın kabulüne gerek olmaksızın, fesih sürelerine uyularak veya derhal sona erdirilmektedir³²⁶. 4857 sayılı İş Kanunu’nda ve Türk Borçlar Kanunu’nda, iki farklı fesih türü düzenlenmiştir. Bunlar süreli (*olağan*) fesih ve haklı nedenle (*derhal*) fesihtir.

Ercan Akyiğit, “Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.22, Haziran 2011, s.33 vd..

³²² İş sözleşmesinin sona ermesi bakımından işverenin ölümünün hukuki sonuçları için bkz. Vischer, Müller, §24, N.204; Geiser, Müller, §2, N.521-522; Rehbinden, §12, N.303-304; Elbir, s.90; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.163-164; Tunçomağ, s.196; Esener, s.215; Süzek, s.531; Tunçomağ, Centel, s.197-198; Centel, s.169-170; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.434-435; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.183-184; Kaplan, s.9-10; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.220; Akyiğit, **Ölüm**, s.40 vd.

³²³ ZK-Staehelin, Art.335, OR N.3; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 335, N.1; Oğuzman, **Fesih**, s.158; Esener, s.220; Süzek, s.533-534; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.440; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.258-259.

³²⁴ Y.HGK, 29.05.1963, E. 4/39, K. 59, A. Baki Orhaner, **Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları**, Ankara, Öğretmen Matbaası, 1966, s. 351 vd..

³²⁵ Esener, s.217; Süzek, s.533-534; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.440.

³²⁶ Fesih hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ZK-Staehelin, Art.335, OR N.3; BK-Rehbinden, Stöckli, OR Art. 335, N.1-2, 12; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 335, N.4; Vischer, Müller, §24, N.27-32; Philippe Nordmann, **Die Missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes**, (Basler Studien zur Rechtswissenschaft Reihe A: Privatrecht, Band 41), Basel-Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn Verlag AG, 1998, s.27-28; Geiser, Müller, §2, N.533; Rehbinden, §12, N.308; Oğuzman, **Fesih**, s.33 vd.; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.166-167; Tunçomağ, s.201; Süzek, s.531-533; Centel, s.170-171; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 439 vd.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.185-187; Kaplan, s.14; Senyen Kaplan, **İş Hukuku**, s.257-258; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.258.

Sürelî fesih ile haklı nedenle fesih, şartları ve hukukî sonuçları bakımından oldukça farklı iki hukukî kurumdur. Sürelî fesih yoluyla, tarafların ne zaman sona ereceği belli olmayan sözleşme ile bağli kalmaları önlenmektedir. Fesih hakkının işçi veya işveren tarafından kullanılması, kural olarak herhangi bir fesih nedeninin belirtilmiş olmasına da bağli değildir³²⁷. Sürelî fesih, sadece belirsiz süreli iş sözleşmesinde uygulanmaktadır. Bu kuralın tek istisnası, TBK m.430/3’de (*OR m.334*) yer almaktadır. Buna göre on yıldan uzun süreli iş sözleşmesi imzalanması halinde, on yıl geçtikten sonra, taraflardan her birinin altı aylık fesih bildirim süresine uyarak sözleşmeyi feshedebileceği ifade edilmiştir³²⁸. Kanun koyucu, sözleşme ile kişisel ve ekonomik olarak aşırı bağlılığın önüne geçilmesi ve dolayısıyla kişilik haklarının korunabilmesi için söz konusu düzenlemeyi öngörmüştür³²⁹.

İş sözleşmesinin feshinde süreli fesih bakımından da bir ayrıma gidilerek, iş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçiler ile iş güvencesine tâbi olmayan işçiler bakımından feshin hukukî sonuçları farklı düzenlenmiştir³³⁰. İşK m.18 uyarınca işveren tarafından süreli fesih hakkının kullanılması, iş güvencesinden yararlanan işçiler bakımından geçerli neden ortaya çıkmış olmasına bağlidir. Buna karşılık belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıp iş güvencesine tâbi olmayan işçiler için fesih serbestisi ilkesi geçerlidir. Bu ilkenin içerik olarak tek sınırı fesih hakkının kötüye

³²⁷ Oğuzman, **Fesih**, s.160-161; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.169; Esener, s.223; Süzek, s.534; Centel, s.172; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.447-448; Kaplan, s.35; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.258-259.

³²⁸ Söz konusu hükmü on yıllık sürenin çok uzun olması, bir aylık veya altı haftalık bildirim süresi şeklinde düzenleme getirilmesi daha uygun olacakken altı aya bu sürenin yükseltilmiş olması ve feshin bildirim süresini izleyen aybaşında hüküm doğurmasının hukukumuzda benimsenmiş bir sistem olmaması, bu hakkın işçinin yanı sıra işverene de tanınması yönlerinden eleştirisi için bkz. Nuri Çelik, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsaetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2012, S.25, s.7; Soyer, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, s.160-161; Eda Karaçöp, Efe Yamakoğlu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Ve İş Kanunları İle İlişkisi”, **Legal İSGHD**, 2013/38, s.128. Bu konuda ayrıca bkz. Gülsevil Alpagut, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, **Legal İSHGD**, 2011/31, s.930-931; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.187; Ünal Narmanlıoğlu, “Belirli Süreli İş Sözleşmesini Sona Erdien Olgular ve İşlemler”, **Legal İSGHD**, 2012/35, s.12; Senyen Kaplan, s.215; Serkan Ayan, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **AÜHFD**, 2005/4, s.469-470. Mülga Kanun döneminde hükmü, işçinin kişiliğini koruduğu için isabetli bulan görüş için bkz. Elbir, s.96; Oğuzman, **Fesih**, s.161-162; Kaplan, s.39-40.

³²⁹ İsviçre doktrinde, on yıllık üst sınırın, belirsiz süreli sözleşmeler için de geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. Santoro, s.71; Geiser, Müller, §2, N.534; Rehbinder, §12, N.324.

³³⁰ Süzek, s.469; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.446; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.259.

kullanılması halidir. Fakat her iki grup işçi için de fesih hakkı kullanılırken, fesih bildirim sürelerine uyulması şarttır³³¹.

Kanunda haklı nedenle feshin düzenlenmesindeki amaç ise objektif iyiniyet kuralları dikkate alındığında, kendisinden sözleşme ilişkisini sürdürmesi beklenemeyecek tarafın, bu ilişkiden kurtulmasının sağlanmasıdır³³². Haklı nedenle fesih hakkı, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulama alanı bulan ve kanunda sayılı nedenlerin varlığı halinde, sözleşmenin süresinin bitmesi beklenmeksizin veya fesih bildirim süresi aranmaksızın derhal son verme hakkı tanıyan bir fesih türüdür³³³ (*TBK m.435, İşK m.24 ve 25, Deniz İşK m.14 ve 16, Basın İşK m.11-12*).

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde cezaî şartın geçerliliğinin incelenmesi bakımından öncelikle feshe hâkim olan çeşitli ilkeler kapsamında değerlendirme yapılacak; daha sonra ise feshe bağlanan hukuki yaptırımlar ile cezaî şart ilişkisi ele alınacaktır.

a. Feshe Hâkim Olan İlkeler Bakımından Cezaî Şart

İş sözleşmesinde cezaî şart, sadece sözleşmeden doğan bir borcun ihlal edilmesi için mi kararlaştırılabilir, yoksa kanun ile tanınmış bir hak olan “*fesih*” için de kararlaştırılabilir mi sorusu, çalışmamızın temel sorusunu oluşturmaktadır.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshine yönelik kararlaştırılan cezaî şartın geçerli kabul edilmesi için açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Fakat bu yeterli değildir. Şöyle ki sözleşme taraflarının fesih hakkını etkileyen böyle önemli bir sözleşmesel kuruma yönelik olarak, kanunda çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalar değerlendirilmeden önce, fesih özgürlüğü ilkesi çerçevesinde konunun ele alınması planlanmaktadır. Nitekim fesih özgürlüğü, iş sözleşmesinin feshinin cezaî

³³¹ Elbir, s.97; Oğuzman, **Fesih**, s.165-166; Süzek, s.532; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.462 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.260 vd.; ZK-Staehelin, Art.335, OR N.28; Vischer, Müller, §24, N.51, 53.

³³² Oğuzman, **Fesih**, s.35; Esener, s.221; Süzek, s.700; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.221.

³³³ Oğuzman, **Fesih**, s.37-38; Süzek, s.700; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.574-575; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.221; Senyen Kaplan, **İş Hukuku**, s.304; Ender Gülver, “Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhâl Feshi”, **Legal İSGHD**, 2011/31, s.999 vd..

şart kararlaştırılması yoluyla sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ya da ne oranda sınırlandırılabilceği tartışmasında dayanak noktasını oluşturmaktadır. Hatta feshe ilişkin ilkeler bağlamında cezaî şartın incelenmesi konusunda, aşağıda yer alan diğer alt başlıkların neredeyse tamamında, sorunların çözümünde fesih özgürlüğü ve sınırlarının ele alınması gerekmektedir.

(1) Fesih Özgürlüğü ve Cezaî Şart

Türk ve İsviçre Borçlar Hukuku'nda, sözleşme özgürlüğü temel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Bireylerin özel borç ilişkilerini, kanuni sınırlamalar çerçevesinde yapacakları sözleşmelerle serbestçe düzenleme yetkisine sözleşme özgürlüğü denilmektedir³³⁴. Sözleşme özgürlüğü, Anayasa m.48 ile güvence altına alınmıştır³³⁵. Bunun yanı sıra TBK m.26'da, tarafların, bir sözleşmenin içeriğini kanunda yer alan sınırlar içinde özgürce belirleyebileceği düzenlenmiştir. Fakat Türk Borçlar Kanunu, sözleşme özgürlüğünü mutlak değil, sınırlı olarak kabul etmiştir. Bu kapsamda, 27. maddede sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlara yer vermiştir. Buna göre, sözleşme, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız ise kesin olarak hükümsüzdür. Fakat unutulmamalıdır ki sözleşme özgürlüğü kural, sınırları ise istinasıdır³³⁶. Ayrıca genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler de sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisine ilişkin kanuni bir sınırlamadır³³⁷.

Sözleşme özgürlüğünün çeşitli görünüşleri vardır. Bunlardan bazıları sözleşme yapma, sözleşmenin türünü ve şeklini seçme, sözleşmenin içeriğini

³³⁴ Karl Oftinger, **Vertragsfreiheit, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht»**, Zürich, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, 1948, s.48; Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts**, B.1, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 1987, s.40-41; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.93-94; Oğuzman, Öz, **I**, s.23 vd.; Tunçomağ, s.86; Tekinay vd., s.362; Esener, **Borçlar**, s.193; Eren, s.316.

³³⁵ Çalışma ve sözleşme özgürlüğü, birbirini tamamlayan iki ayrı özgürlüktür. Zira çalışma özgürlüğü, sözleşme özgürlüğü olmadan kullanılamaz. Çalışma ve sözleşme özgürlüğü tüm diğer hak ve özgürlükler gibi kanunun çizdiği sınırlamalara tâbidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tunçomağ, s.5; aynı yazar, **1982 Anayasası**, s.7-9.

³³⁶ Oftinger, s.53; Tunçomağ, s.86; Esener, **Borçlar**, s.202; Eren, s.315; Kaplan, s.74.

³³⁷ Tunçomağ, s.86; Eren, s.313-315; İsviçre Hukuku için bkz. Oftinger, s.53; Oser, Schönenberger, Art.19, N.7; Ernst A. Kramer, **Berner Kommentar**, B.VI, I. Abteilung, 1. Teilband, Lieferung 1: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1985, OR, Art 19-20, N.36.

belirleme, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya içeriğini değiştirme olarak kabul edilmektedir³³⁸. İşte iş sözleşmesinin feshi de sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, sözleşmeyi ortadan kaldırmanın bir görünüm şeklidir. Dolayısıyla kural olarak iş sözleşmesini imzalama özgürlüğüne sahip olan taraflar, sözleşmeyi feshetmekte de serbesttirler³³⁹. Ancak bu özgürlük de sınırsız değildir; kanunda veya belirli şartlarla sözleşmede yer alan sınırlamalara tâbidir³⁴⁰.

İşverenin fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin etkin şekilde uygulanabilmesi için, genellikle bu hükümlere aykırılığın cezaî şarta bağlandığı görülmektedir. Cezaî şart kararlaştırılması ile birlikte sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesinin güvence altına alınması ve ihlali halinde olası zararların karşılanması amaçlanmaktadır³⁴¹. Dolayısıyla iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart da bir yandan sözleşmenin devamının sağlanması amacıyla baskı işlevine, diğer yandan ise zararın karşılanması işlevine sahiptir³⁴². Fakat cezaî şart kararlaştırılması halinde borçlu taraf, alacaklı tarafa karşı genellikle daha dezavantajlı konuma girmektedir. Nitekim fesih hakkının kullanılmasına ilişkin cezaî şart kararlaştırılması, borçlunun fesih kararını etkileyecek ve fesih hakkını kullanmaktan imtina etmesine neden olabilecektir. Bunun da fesih özgürlüğü ile ne kadar bağdaştığının incelenmesi gerekmektedir³⁴³.

İş Hukuku bağlamında fesih özgürlüğü, tarafların sözleşme ilişkisini herhangi bir şarta tâbi olmadan tek taraflı olarak sona erdirebilme hakkıdır. Buna karşılık sosyal ve ekonomik sebeplerle iş sözleşmesi taraflarının eşit konumda olmamalarını dikkate

³³⁸ Oftinger, s.47; Bucher, BK-OR, s.89; Keller, Schöbi, s.92; BK-Kramer, OR, Art 19-20, N.42; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.93-94; Tunçomağ, s.86; Esener, **Borçlar**, s.193 vd.; Eren, s.316 vd..

³³⁹ Ekonomi, **İş Hukuku**, s.165; Kaplan, s.37.

³⁴⁰ Alfred Hueck, Hans Carl Nipperdey, **Lehrbuch des Arbeitsrechts**, Band II: Kollektives Arbeitsrecht, 7.Auflage, Berlin, Franz Vahlen, 1970, s.25; Nikisch, s.31-32; Zöllner, s.54; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.15 vd., s.223; Halid Kemal Elbir, “İş Hukukunda Yorum”, **İHD**, C.I, Ocak 1969, s.9-10; Mustafa Çenberci, **İş Kanunu Şerhi**, 5. bs., Ankara, Olgaç Matbaası, 1984, s.40; Esener, s.34; aynı yazar, **Borçlar**, s.194; Saymen, **İş Hukuku**, s.25-27; Sarper Süzek, “İş Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **Yiğit Okur’a Armağan**, Ankara, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1998, s.359.

³⁴¹ Nuri Çelik, “İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, 1997, s.224.

³⁴² Gülsevil Alpagut, “İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2007, s.18.

³⁴³ Santoro, s.69.

alan kanun koyucu, fesih özgürlüğüne çeşitli sınırlamalar getirmiştir³⁴⁴. Zira iş sözleşmesinde işçinin, işverene karşı bağımlılığının olması, işverenin fesih hakkının belirli oranda sınırlandırmasını haklı kılmaktadır³⁴⁵.

Fesih özgürlüğünün sınırlandırılması sadece kanundaki düzenlemeler aracılığı ile değil, özellikle işçilerin feshe karşı korunmasının sağlanması amacıyla sözleşmeler yoluyla da sağlanabilecektir. Şüphesiz işçilerin bireysel olarak pazarlık gücünün zayıf olması nedeniyle, işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelere genellikle toplu iş sözleşmelerinde rastlanmaktadır³⁴⁶. Bunun yanı sıra iş mevzuatındaki iş sözleşmesinin feshine ilişkin hükümlerin büyük çoğunluğu nispi emredici nitelikte olup, bir kısmı ise mutlak emredici niteliğe sahiptir³⁴⁷. İş sözleşmesi

³⁴⁴ Von Tuhr, Peter, s.249; Elbir, s.68; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.165; Eren, s.315; Kaplan, s.79; Arıcı, s.42; Ünal Narmanlıoğlu, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007**, İstanbul, Beta, 2009, s.113. İsviçre’de 1911 tarihli Borçlar Kanunu’nda genel olarak fesih her an mümkündü ve sadece fesih bildirim sürelerine uyulması yeterliydi. Hatta söz konusu düzenlemelerin çoğu-işçi lehine koruma sağlayanlar hariç- emredici niteliğe dahi sahip değildi. Özel kanunlarla salt işçi lehine bazı feshe karşı koruma hükümleri düzenlenmişti. Kanunun 1971 tarihli iş sözleşmesi hükümlerine ilişkin revizyonu sırasında, feshe karşı koruma sorunu daha güçlü tartışılmaya başlanmıştı. Zaman bakımından öngörülen koruma hükümlerine oranla içerik sınırlamaları daha önemli bir tepki ile karşılaşmıştı. Zira bu hükümlerin fesih özgürlüğü ilkesine aykırılığı tartışma konusu olmuştu. Yine bu dönemde fesihte eşitlik ilkesi tartışması doğmuştu. En son olarak Kanun, 1988 ve 1993 yıllarında revizyona uğramıştır. Feshe karşı koruma hükümlerinin tarihi gelişimi için bkz. Nordmann, s.7-18; Geiser, Müller, §2, N.563-575.

³⁴⁵ Santoro, s.69; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.224; Sarper Süzek, “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, **Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan**, Kamu-İş, C.6, S.4, 2002, s.74; Nordmann, s.48-49; Arıcı, s.42-43.

³⁴⁶ Elbir, s.68; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.18, 94, 223; Esener, s.217; Çelik, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.220; Narmanlıoğlu, **Değerlendirme 2007**, s.113; Senyen-Kaplan, **İş Hukuku**, s.10. İşverenin süreli feshini sınırlandıran kayıtlara uygulamada en sık rastlanan örnekler olarak, geçerli fesih sebeplerinin iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile açıkça belirlenmesi, iş güvencesine tâbi olma şartlarının işçi yararına kanundakinden farklı düzenlenmesi, toplu işçi çıkarmalarda uyulması gereken sıranın belirlenmesi verilebilir. Fakat bu sınırlamalar için ön şart fesih hakkının özüne dokunmamak olmak üzere, Anayasa’nın temel ilkelerine, kanunun emredici düzenlemelerine, eşitlik ilkesine ve hukukun diğer ilkelerine uygun olmasıdır. Bu örnekler ve sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, s.153 vd.. Aksi yönde bkz. Narmanlıoğlu, **Değerlendirme 2007**, s.113.

³⁴⁷ Özellikle İş Hukuku mevzuatında, emredici hükümler yoluyla sözleşme serbestisinin sınırlandırıldığı görülmektedir. Bunun nedeni ise İş Hukuku’nun tarihi gelişimine dayandırılmaktadır. Bununla birlikte İş Hukuku’nun ortaya çıkış amacının işçilerin korunması olduğu; fakat sadece işçilerin menfaatlerinin korunması ile sınırlı bir anlam çıkartılmaması gerektiği de savunulmaktadır. Nitekim kanuni hükümler yoluyla, taraflar arasında en azından asgari şartların sağlanması yoluyla bir denge kurulması amaçlanmaktadır. Fakat diğer özel hukuk dallarına göre bir farklılık, nispi emredici niteliğe sahip hükümlerdir. Bu hükümler yoluyla çalışma şartlarının işçi lehine değiştirilebilmek üzere asgari sınırları belirlenmiş ve aksine düzenleme yapılması tarafların sözleşme serbestisi içinde bırakılmıştır. Dolayısıyla konu iş sözleşmesinde, işverenin sözleşme özgürlüğünün daha çok sınırlandırıldığı ve klasik eşitlik ilkesinin değiştirildiği şeklinde yorumlanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hueck, Nipperdey, s.25; Nikisch, s.31-32; Zöllner, s.54; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.15 vd., s.223; Saymen, **İş Hukuku**, s.25-27; Elbir, **Yorum**, s.9-10; Çenberci, s.40; Esener, s.34; Süzek, **Sözleşme Özgürlüğü**, s.359-360; Senyen-Kaplan, **İş Hukuku**, s.9.

veya toplu iş sözleşmesi tarafları, mutlak emredici hükümleri sözleşmelerle değiştiremezler. Buna karşılık kanundaki nispi emredici kuralları işçi yararına değiştirebilirler³⁴⁸. Fakat bu yolla işverenin fesih hakkı tamamen ortadan kaldırılamayacaktır. Zira fesih hakkını aşırı güçleştiren, yani hakkın özüne dokunan sınırlandırmalar, Anayasa'nın çalışma ve sözleşme özgürlüğüne de aykırı olduğundan geçersizdir³⁴⁹. Dolayısıyla işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasında, ölçülü olunması ve beklenebilirlik esasının dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır³⁵⁰.

Yargıtay tarafından da işverenin fesih hakkına, işçi yararına olması ve hakkın özüne dokunmaması şartıyla sözleşmeler yoluyla sınırlamalar getirilmesi geçerli kabul edilmektedir. Bununla birlikte kanunda yer alan mutlak emredici düzenlemeler bakımından taraflar ne işçi lehine ne de aleyhine değişiklik yapabilirler³⁵¹.

İş güvencesine tâbi işçilerin iş sözleşmesinin geçersiz ve haksız feshinin parasal yaptırımlarının sözleşmeler yoluyla değiştirilmesini engelleyen İşK m.21/son ile sendikal güvence bakımından kanunda öngörülen sonuçlara ilişkin SenTİSK m.25/8, mutlak emredici hükümlere örnek oluşturmaktadır. İşte mutlak emredici hükümlerin sınırladığı alanlar dışında kalmak suretiyle, işçi yararına değişiklikler kararlaştırılabilecektir. Bununla birlikte aşağıda yer verildiği üzere, İşK m.21/son düzenlemesi karşısında, sözleşmelerde işverenin fesih özgürlüğüne sınırlama getiren cezaî şart kararlaştırılmasının geçerliliği tartışmalı hale gelmiştir³⁵².

³⁴⁸ Ekonomi, **İş Hukuku**, s.16-17, 223; Süzek, **Feshe Karşı Sınırlandırma**, s.80.

³⁴⁹ Tunçomağ, s.202; Süzek, s.741; Ünal Narmanlıoğlu, "Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshe Karşı Korunması", **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Boyutlarıyla İşçinin Feshe Karşı Korunması**, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s.317; Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar**, s.29-30; Gaye Burcu Yıldız, **İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.153.

³⁵⁰ Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar**, s.36.

³⁵¹ Y.9.HD., T.14.10.2002, E.2001/3553, K.2002/19194, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 28.04.2017.

³⁵² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, b, (3), iii. Yargıtay, konuya ilişkin olarak verdiği bir kararda somut olayda imzalanmış olan toplu iş sözleşmesinin 33. maddesinde yer alan "işyerinde çalışmakta olan işçiler 1475 sayılı İş Yasasının 17/2. maddesi saklı kalmak üzere hiçbir şekilde işten çıkarılamaz. 1475 sayılı yasanın 17/2. maddesi dışında keyfi ve haksız bir sebeple işten çıkarmalarda, işten çıkarılan işçiye hak ettiği bildirim ve kıdem tazminatı tavan tutarının 10 katı tutarında iş güvencesi tazminatı işverence ödenir" hükmünü cezaî şart olarak kabul etmekle beraber, şu yönde hüküm kurmuştur: "...Dosya içeriğine göre, davacı işçi 4857 sayılı yasa ile getirilen iş güvencesi: kapsamında kalmaktadır. 4857 sayılı yasanın belirtilen düzenlemesi karşısında, daha önce imzalanan TİS hükmündeki cezaî şart niteliğindeki istek konusu tazminatın, iş güvencesi kapsamına giren davacı açısından, önemi kalmamıştır. Feshin geçersizliği ve işe iade istem süresinde ileri sürülmediği ve istenmediği takdirde, fesih geçerli hale gelecektir. Bu durumda geçersizlik şartlarına bağlı olan

İş güvencesi dışında kalan işçilerin durumunun ele alınması da bu noktada önem kazanmaktadır. İş güvencesine tâbi olmayan işçilerin iş sözleşmesi, işveren tarafından kural olarak herhangi bir neden göstermek zorunda olmaksızın her zaman, fesih bildirim sürelerine uyulmak şartıyla feshedilebilir. Bu halde işverenin süreli fesih hakkını kullanmasının kanuni sınırları ise fesih hakkının kötüye kullanılması, ayrımcılık içeren veya sendikal nedenle yapılan fesihtir³⁵³. Buna rağmen iş güvencesi dışındaki işçilere, kanunda feshe karşı yeterli koruma sağlandığı söylenemeyecektir. Bu nedenle uygulamada, sözleşmeler ile işçilere iş güvencesi sağlanması yönünde düzenlemeler getirilmektedir. Buna göre, işveren tarafından sözleşmenin feshi halinde, İşK m.21'deki yaptırımların, hatta bunları aşan yaptırımların uygulanması kabul edilmektedir³⁵⁴. Bu kabule, iş sözleşmesinin feshine yönelik kararlaştırılan cezaî şart hükümleri de dâhildir³⁵⁵. Belirtildiği üzere, önemli olan işverenin fesih hakkının özüne dokunulmamasıdır³⁵⁶. Bununla birlikte Yargıtay'ın, kanunda aksi yönde bir hüküm yer

tazminat istenemeyecektir. Davacı işçinin işe iade davası açmamış olması bu konuda sonuca etkili değildir. Önemli olan işçinin iş güvencesi kapsamında yer almasıdır. Anılan tazminatın reddi gerekirken, kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır...". Bkz. Y.9HD., T.27.03.2007, E.2007/661, K.2007/8598, Çalışma ve Toplum, 2007/3, S.14, s.189-191. Aynı yıl verilen bir başka kararda da öncelikle davacının sözleşmenin fesih tarihinde iş güvencesi hükümlerinden yararlanma şartlarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Toplu iş sözleşmesiyle işverenin fesih yetkisinin sınırlandırılmasının ancak iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler için mümkün olabileceği sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte Yargıtay iş güvencesi dışında kalan işçiler için de bir sınırlama getirmektedir: "...Anılan yasa hükümlerinden yararlanması mümkün değilse TİS'nin 17.maddesine dayalı istemi 4857 maddesinin 21. maddesindeki tazminata ilişkin ölçütler de dikkate alınarak hüküm altına alınmalıdır. Aksi halde iş güvencesinden yararlanacak işçilere nazaran yararlanmayanların daha üst bir mali güvenceye sahip olunur ki, bu durum eşitlik ilkesine aykırı olur..." Bu karar için bkz. Y.9HD., T.21.05.2007, E.2006/29243, K.2007/15688 ve kararı cezaî şartta indirim yapılırken iş güvencesi taminatının ölçüt olarak alınabileceği, fakat mutlak bir ölçüt olamayacağı ile eşitlik ilkesi bakımından eleştiren incelemeler için bkz. Fatih Uşan, "İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçi için Toplu İş Sözleşmesi ile Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, İş Kanunu'nda Öngörülen İş Güvencesi Tazminatından Daha Fazla Olabilir Mi? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2008, S.9, s.102 vd.; Narmanlıoğlu, **Değerlendirme 2007**, s.114.

³⁵³ Yıldız, s.158.

³⁵⁴ Süzek, s.749; aynı yazar, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.86; Çelik, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.224; Narmanlıoğlu, **Feshe Karşı Koruma**, s.333; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.27.

³⁵⁵ Çelik, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.224; Narmanlıoğlu, **Feshe Karşı Koruma**, s.333-334; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.29-30; Yıldız, s.165-166. Toplu iş sözleşmesinde yer alan, İşK m.25/2 saklı kalmak üzere keyfi ve haksız işten çıkarmalarda, işten çıkartılan işçiye hak ettiği kıdem ve ihbar tazminatının dışında ayrıca yasal kıdem tazminatı tavan tutarının 10 katı tutarında iş güvencesi tazminatı ödenmesi yönündeki hükmün uygulanabilmesi için iş güvencesine tâbi olmayan işçi olması gerektiği yönündeki Yargıtay kararı için bkz. Y.9.HD., T.23.02.2010, E.2008/11858, K.2010/4640, Legal İHSGHD, 2010/26, s.727-729.

³⁵⁶ Süzek, s.744; aynı yazar, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.82.

almasa da iş güvencesine tâbi olmayan işçilere, bu güvenceye kanunen sahip olanlara göre daha iyi bir koruma getirilmesini eşitlik ilkesine aykırı bulduğu görülmektedir. Bu bakış açısı, iş güvencesine tâbi olmayan işçiler yararına, sözleşmeler yoluyla kararlaştırılan cezaî şart hükümlerine bir üst sınır getirme çabasında da görülmektedir. Nitekim Yargıtay, cezaî şartın üst sınırını belirlerken, işçinin iş güvencesinden yararlanmış olsaydı isteyebileceği haklarla sınırlama yapma yoluna gitmektedir³⁵⁷. Bu yöndeki Yargıtay kararları doktrinde, kanunda iş güvencesi dışındakilere ilişkin böyle bir sınırlama yer almaması ve toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde eleştirilmektedir³⁵⁸.

Taraflarca işverenin fesih hakkının sözleşme ile sınırlandırılması, kanuni çerçevede kalmak şartıyla fesih özgürlüğünü ihlal etmemektedir. Yeter ki kanunda yer alan nispi ya da mutlak emredici olarak düzenlenen hükümlere aykırılık oluşturulmasın³⁵⁹. Sözleşme özgürlüğü, ancak bu çerçevede geçersiz veya haksız fesih için kararlaştırılan cezaî şartı engellememektedir³⁶⁰.

İş sözleşmesinin sona ermesine yönelik sözleşmesel sınırlamalar getirilmesi normal şartlarda sözleşmenin iki tarafı için de mümkündür³⁶¹. Buna karşılık iş sözleşmesinin feshinde, işçinin ekonomik ve kişisel olarak bağımlılığı nedeniyle işverene oranla daha çok serbestîden yararlanması gerektiği kabul edilmektedir³⁶². Bunun sonucu olarak iş mevzuatımızın feshe ilişkin hükümleri genellikle nispi emredici nitelik taşıdıklarından, fesih hakkının işçi aleyhine olmak üzere sözleşmelerle sınırlandırılması da mümkün görülmemektedir³⁶³. Bunun başlıca

³⁵⁷ Y.9.HD., T.21.03.2013, E.2010/25818, K.2012/9484 sayılı karar ve karara dair inceleme için bkz. Şahlanan, “İş Güvencesinin Kapsamı Dışında Olanlar İçin Toplu İş Sözleşmesi İle Getirilen İş Güvencesi Tazminatı”, Karar İncelemesi, **Tekstil İşveren Dergisi**, Hukuk Eki, Kasım 2013, s.2-4; Y.9.HD., T.13.05.2010, E.2009/26003, 2010/13047, Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 28.04.2017. İş güvencesine tâbi olmayan işçilerin sözleşmesinde yer alan cezaî şartın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde, İşK m.21/son ile getirilen emredici hükmün dikkate alınması şeklindeki görüş için bkz. Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar**, s.37.

³⁵⁸ Süzek, s.745-746; Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar**, s.37; Yıldız, s.160-161, 165.

³⁵⁹ Nordmann, s.51; Ömer Ekmekçi, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, **Mess Mercak Dergisi**, Özel Sayı, Ekim 2002, s.111; Arıcı, s.43.

³⁶⁰ Santoro, s.70; Süzek, s.741; Narmanlıoğlu, **Feshe Karşı Koruma**, s.317; Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar**, s.29-30; Arıcı, s.43; Yıldız, s.153.

³⁶¹ Çelik, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.220-221.

³⁶² Santoro, s.87; Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.92; Yıldız, s.167-168; Karagöz, s.210.

³⁶³ Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.91-93; Yıldız, s.167.

istisnaları ise fesih bildirim sürelerinin iki taraflı olmak şartıyla artırılması³⁶⁴, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshinin işçi aleyhine tek taraflı olmamak üzere cezaî şart yoluyla sınırlandırılması³⁶⁵ ile eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozları³⁶⁶ olup, bu konular aşağıda ayrıntıları ile ele alınmıştır.

Kısacası işverenin, belirsiz süreli iş sözleşmesini süreli fesih hakkının özüne dokunmaksızın sınırlandırılabilmesi hukukumuzda geçerli kabul edilebilecektir³⁶⁷. Örneğin, somut olayın şartları dikkate alınarak, süreli fesih hakkının kullanılmasının sadece belirli bir süre ile ve karşılıklı olarak cezaî şarta bağlanması geçerli kabul edilebilecektir. Bununla birlikte işçi lehine olsa bile fesih hakkı bakımından kararlaştırılan değişikliklerin, hakkın özüne dokunulmaması, yani süreli ve haklı fesih hakkının tamamen ortadan kaldırılmaması veya hakkın kullanılmasının aşırı güçleştirilmemesi açılarından denetlenmesi gerekmektedir³⁶⁸. Hakkın özüne zarar veren anlaşmalar, kanuna ve ahlaka aykırılık dolayısıyla geçersiz kabul edilmektedir. Bununla beraber hakkın özüne dokunmadan bu hakkı sınırlayan bireysel ve toplu iş sözleşmesi kayıtları ise geçerli görülmektedir³⁶⁹.

(2) Fesih Bildirim Süresi ve Cezaî Şart

İş sözleşmesi yukarıda belirtildiği üzere, sürekli borç doğuran sözleşmelerdendir. Buna bağlı olarak hem işçi hem işveren bakımından, uygun olmayan zamanda yapılan sözleşme feshi olumsuz sonuçlara yol açabilecektir. Örneğin, beklenmedik bir anda gerçekleşen fesih nedeniyle, bir süre devam etmesi beklenen sözleşme ilişkisi kesildiğinden, işveren ekonomik olarak zarar

³⁶⁴ Bu konuda bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, a, (2).

³⁶⁵ Bu konuda bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, a, (4) ve D, 2.

³⁶⁶ Bu konuda bkz. 3. Bölüm, II.

³⁶⁷ Narmanlıoğlu, **Feshe Karşı Koruma**, s.318-321; Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.79; Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar**, s.20-21; Doğan-Yenisey, s.128; Arıcı, s.43.

³⁶⁸ Süzek, s.719; Narmanlıoğlu, **Feshe Karşı Koruma**, s.332-333; Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar**, s.38-39; Doğan-Yenisey, s.129; Arıcı, s.43. Sözleşmenin “*her ne sebeple olsun*” feshedilmesi halinde cezaî şart ödeneceğine dair sözleşme kaydının, haklı nedenle olmaksızın şeklinde anlaşılması gerektiği, aksi takdirde işverenin haklı fesih hakkının ortadan kaldırılmış olacağı yönünde isabetli bir değerlendirme için bkz. Fevzi Şahlanan, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003**, Ankara 2005, s.91. Cezaî şartın hangi hallerde fesih hakkının özüne dokunacağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, a, (1).

³⁶⁹ Doğan-Yenisey, s.130.

görebilecektir. Sürpriz fesih nedeniyle işverenin, yeni işçi arama süreci başlayacak ve tecrübeli işçi kaybından know-how'u bile etkilenebilecektir³⁷⁰. Özellikle nitelikli iş gücü ile yapılan sözleşmenin devamını güvence altına almak amacıyla, işveren için sözleşme ilişkisinin daha sıkı şartlara bağlanması ihtiyacı yadsınamaz. İşçi bakımından ise işini beklenmedik anda kaybetmesi, belki de tek geçim kaynağı olan ücretini yitirmesine yol açacaktır. Bunun da ekonomik bakımdan yol açacağı ağır sonuçlar açıktır. Buna bağlı olarak işçi bakımından konu, işin korunması noktasında önem arz etmektedir³⁷¹. Bu nedenle de fesih özgürlüğünün zamansal olarak sınırlandırılmasına ihtiyaç duyulmuştur.

Özetlenen bu gerekçelerle, kanunda feshe karşı korumanın sağlanması adına fesih bildirim süreleri getirilmiştir. Böylelikle belirsiz süreli sözleşmenin süreli feshinde, sözleşme özgürlüğü hem işçi hem de işveren bakımından zamansal olarak sınırlandırılmıştır³⁷². Bildirim süreleri aracılığıyla, iş ilişkisinin kıdeme bağlı olarak belirli bir süre devamı amaçlanmaktadır. Bu süreçte fesihle karşılaşan tarafın, gerekli önlemleri alması sağlanmaktadır³⁷³. Öyle ki bildirim süresi bitene kadar iş ilişkisi aynı şartlarla devam eder. Bunun sonucunda bildirim süreleri, mevcut durumun bir süre daha korunmasının garantisidir³⁷⁴. Kural olarak bildirim süresi dolduktan sonra sözleşme ortadan kalkmaktadır³⁷⁵. Bunun yanı sıra İşK m.17/5 uyarınca, işverenin bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek de sözleşmeyi sona erdirmesi mümkündür.

Türk Hukuku'nda tarafların uymakla yükümlü olduğu fesih bildirim süreleri, TBK m.432, İşK m.17, Deniz İşK m.16/B, Basın İşK m.6-7'de yer almaktadır. Bu süreler asgari ve nispi emredici niteliğe sahip olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla

³⁷⁰ Vischer, Müller, §24, N.51, 53; Geiser, Müller, §2, N.576; Santoro, s.68; Oğuzman, **Fesih**, s.159; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.169; Kaplan, s.28; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.261.

³⁷¹ ZK-Staehelin, Art.335, OR N.28; Vischer, Müller, §24, N.51, 53; Geiser, Müller, §2, N.576; Santoro, s.72; Oğuzman, **Fesih**, s.159; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.169; Kaplan, s.28; Alpagut, s.13.

³⁷² BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 335, N.14; Nordmann, s.48; Vischer, Müller, §24, N.8; Elbir, s.97; Esener, s.217; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.261; Tunçomağ, Centel, s.202 vd.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.187 vd..

³⁷³ ZK-Staehelin, Art.335, OR N.22; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 335, N.14; Vischer, Müller, §24, N.27; Geiser, Müller, §2, N.576; Santoro, s.70; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.169; Süzek, s.533; Centel, s.171-172.

³⁷⁴ ZK-Staehelin, Art.335, OR N.28; Vischer, Müller, §24, N.51, 53; Geiser, Müller, §2, N.576; Santoro, s.72; Elbir, s.98-99; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.170; Tunçomağ, s.204; Esener, s.226; Centel, s.172; Kaplan, s.58.

³⁷⁵ Elbir, s.99; Oğuzman, **Fesih**, s.193; Tunçomağ, s.204-205; Esener, s.226; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.189.

tarafların, serbest iradeleri ile fesih sürelerini sözleşmelerle artırarak, fesih hakkını sınırlandırmaları mümkündür. TBK m.432/3’de ve İşK m.17/3’de bu sürelerin kısaltılamayacağı, yani asgari olduğu, fakat sözleşmeler ile artırılabilceği açıkça düzenlenmiştir³⁷⁶.

TBK m.432/5’de fesih bildirim sürelerinin her iki taraf için de aynı uzunlukta olması gerektiği, aksi halde her iki tarafa da uzun olan sürenin uygulanacağı kuralı yer almaktadır³⁷⁷. Bu noktada kanun düzenlemesinin aslında bir kısmi hükümsüzlük öngördüğü ve kısa olan ya da bir taraf için hiç kararlaştırılmayan fesih bildirim süresinin geçersiz sayılarak, yerine uzun olan bildirim süresinin geçtiği ifade edilebilir³⁷⁸. Bu düzenleme aslında kanuna aykırılığa ilişkin genel sonuçlardan farklı bir etkiye sahiptir. Zira uzun olan sürenin geçerli kabul edilmesi, fesih hakkının sınırlandırılmasının ağırlaştırıldığı bir müdahale niteliğindedir³⁷⁹. Buna karşılık İş Kanunu kapsamındaki işçiler için İşK m.17 nispi emredici nitelik taşıdığından, TBK m.432/5’in uygulama alanı bulamayacağı; işçi lehine olmak üzere farklı şekilde bildirim sürelerinin artırılabilceği de ileri sürülmektedir³⁸⁰.

İsviçre Hukuku’nda, bildirim süresine ilişkin genel kurallara OR m.335/a’da yer verilmiştir³⁸¹. Bu hükümde, işçi ve işveren bakımından farklı bildirim süresi belirlenemeyeceği, aksi halde uzun sürenin her iki taraf için de geçerli olacağına yer

³⁷⁶ Mülga Kanun dönemi’nde benzer yönde bkz. Elbir, s.98; Tunçomağ, s.203; Esener, s.224; Kaplan, s.48 vd.

³⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, **Fesih**, s.190-192; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.451; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.188. Bu düzenlemeyi, işçi için daha kısa, işveren için uzun bildirim süresi kararlaştırılmasını engellediği için eleştiren görüş için bkz. Soyer, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, s.162. Düzenlemeyi, yargının yerleşik içtihadının yok sayılması bakımından isabetli bulmayan bir görüş de vardır. Buna göre fesihle eşitlik ilkesi, İsviçre Hukuku’nun temel ilkelerinden olduğundan, bildirim sürelerinin eşit olması bu ilkenin gereğidir. Fakat Türk Hukuku’nda iş güvencesi sistemi uygulandığından, İsviçre Hukuku’ndan farklı olarak işçi ile işverenin uyması gereken bildirim sürelerinin eşit olması için herhangi bir neden bulunmamaktadır. Bu nedenle işçi lehine bildirim süresinin azaltılmasının engellenmesini isabetli bulmayan ve bu düzenlemenin kanundan çıkartılmasını öneren görüş için bkz. Doğan Yenisey, **Türk Borçlar Kanunu**, s.99-100.

³⁷⁸ ZK-Staehelin, Art.335/a, OR, N.8; BK-Rehbinder/Stöckli, OR Art.335/a, N.3.

³⁷⁹ Santoro, s.76.

³⁸⁰ Bu doğrultuda bkz. Süzek, s.523-524; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.937; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.906-909; Kaplan, s.55; Yıldız, s.144. Aksi görüşte bkz. Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.188.

³⁸¹ Nordmann, s.50; Geiser, Müller, §2, N.617; Rebinder, §12, N.336-337. OR m.335/a’nın akabinde, OR m.335/b’de deneme süresi devam ederken uyulması gereken bildirim süreleri ile OR m.335/c’de ise deneme süresi dolduktan sonra uygulanacak bildirim süreleri düzenlenmiştir.

verilmiştir³⁸². Bu hükmün lafzından, kanunda yer alan bildirim sürelerinin değiştirilebileceği anlaşılmaktadır. Fakat sürelerin kısaltılmasının mümkün olup olmadığı belirsizdir. Zira kanun koyucu sadece, farklı bir düzenleme yapılması halinde uzun olan sürenin her iki taraf için de geçerli olacağına yer vermiştir³⁸³. Doktrinde ve yargı içtihadında sürelerin uzatılabileceği konusunda görüş birliği olmasına rağmen, kısaltılması konusuna tereddütle yaklaşılmaktadır. Doktrinde bir görüş kanunda yer alan sürelerin asgari süreler olduğuna, bu nedenle kısaltılamayacağına dikkat çekmektedir³⁸⁴. Buna karşılık kanunda bir ayırım yapılmadığı için bazı şartlar altında, örneğin toplu iş sözleşmesinde yer verilecek bir hükümle, iş sözleşmesinin ilk yılı için, fesih bildirim sürelerinin tümünden kaldırılabilirliğini savunanlar da mevcuttur³⁸⁵.

Alman Hukuku çerçevesinde fesih bildirim sürelerini ele alacak olursak, öncelikle BGB m.622/6'da işçinin feshi için belirlenecek fesih bildirim süresinin, işverenin feshi için belirlenecek bildirim süresinden uzun kararlaştırılamayacağı düzenlenmektedir. Bu sistemde de bildirim süresinin kısaltılmasının geçerliliğine kanunda değinilmemiştir³⁸⁶.

Tarafların, iş sözleşmesini feshetmesi halinde bildirim süresine uyması gerekmektedir. Bildirim süresine uymamasının yaptırımı ise İşK m.17 gereği ihbar tazminatı ödenmesidir. Kuşkusuz tarafların, fesih bildirim sürelerine uyulmaması nedeniyle uğradıkları başka zararları varsa, genel hükümlere göre zararın ortaya çıktığını ve miktarını ispatlamak şartıyla, tazminini talep etmeleri mümkündür³⁸⁷.

³⁸² Kanunda, bildirim sürelerinin eşit belirlenmesine yönelik düzenleme getirilmesindeki amaç, sözleşmenin bir tarafı için oldukça kısa bildirim süreleri belirlenmesi yoluyla, taraflar arasında fesih şartları bakımından oluşabilecek haksızlıkların önlenmesidir. Günümüzde ise bu gerekçeden çok, tarafların hukuki anlamda eşitliğinin sağlanması ön planda tutulmaktadır. Bu konuda bkz. ZK-Staehelin, Art 335/a, OR N.1; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 335/a, N.1; Vischer, Müller, §24, N.39.

³⁸³ Bununla birlikte OR m.335/a'nın ikinci fıkrasında bildirim süresinin işçi bakımından daha kısa belirlenebileceği istisnai bir hale yer verilmiştir. Buna göre işverenin ekonomik nedenlere dayanarak sözleşmeyi feshetmesine yönelik olmak suretiyle, sözleşmede işçi için daha kısa bildirim süresi kararlaştırılabilecektir.

³⁸⁴ ZK-Staehelin, Art.335, OR N.26; Santoro, s.71.

³⁸⁵ Bu görüş için bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 335/a, N.1; Rehbinder, §12, N.318.

³⁸⁶ Borçlar Hukuku'nda Reform yapan Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte, bu düzenlemenin sadece fesih bildirim süreleri ile sınırlanamayacağı ileri sürülmüştür. Buna karşılık feshe ilişkin tüm eşitsiz düzenlemelere yasak getirildiği şeklinde yorumlanması gerektiği savunulmaktadır. Alman Hukuku'nda bildirim süresi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK/Müller-Glöge, §339-345, Rn.13.

³⁸⁷ Usulsüz feshin hukuki sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Elbir, s.100; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.182 vd.; Tunçomağ, s.205 vd.; Esener, s.228-229; Süzek, s.549 vd.; Centel, s.190-192; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 458 vd.; Kaplan, s.65 vd.

Bununla birlikte bu tür zararların ispatlanması uygulamada oldukça zor olabilmektedir³⁸⁸. Bu durumda süreli fesih halinde bildirim süresine uyulması veya uyulmaması ihtimallerinde cezaî şart kararlaştırılmasının geçerliliği sorgulanmalıdır.

Öncelikle ilk ihtimal ele alınırsa, fesih hakkı bildirim süresine uyularak kullanılmış olabilir. Bu halde süreli feshe başvurmanın cezaî şart ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı tartışılması gerekmektedir. Kanaatimizce fesih hakkının kanundaki usule uygun kullanıldığı bir hale yönelik kararlaştırılan cezaî şart, doktrinde “gerçek olmayan cezaî şart”³⁸⁹ olarak nitelendirilen bir hal olarak ortaya çıkmaktadır. Zira TBK m.179’da cezaî şartın, ancak borca aykırılık olması durumunda kararlaştırılabileceği düzenlenmiştir. Oysa ki usulüne uygun gerçekleştirilen süreli fesih bakımından ortada borca aykırı bir durum mevcut değildir. Bu nedenle kanunda da düzenlemeye tâbi olmayan “gerçek olmayan cezaî şart”, kanaatimizce usule uygun fesih hakkının kullanımını aşırı sınırlandırdığından geçerli olmayacaktır.

İkinci ihtimal olarak ise bildirim süresine uyulmaksızın fesih hakkının kullanılması halinde cezaî şartın geçerliliği ele alınmalıdır. Özellikle nitelikli bir işçinin fesih sürelerine uymadan sözleşmesini sona erdirmesi halinde, işverenin ihbar tazminatı ve zararın tazmini ile sınırlı olarak korunması çoğunlukla yeterli olmayacaktır. Aynı husus işverenin süreli feshinde bildirim süresine uymaması halinde, işini bir anda kaybeden işçi bakımından da geçerli olabilecektir. Bu nedenle kanımızca, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshedilmesine yönelik olarak kanunda yer alan ihbar tazminatına rağmen, cezaî şart kararlaştırılabilir. Fakat bunun sınırı, fesih hakkının özüne dokunmamak, yani fesih hakkının kullanılmasını aşırı sınırlandırmamaktır. Hakkın özünü korumak adına başvurulabilecek düzenleme ise TBK m.182/3’dür. Buna göre feshin ağırlığı, tarafların ekonomik durumları gibi ölçütler dikkate alınarak, cezaî şart aşırı bulunursa hâkim makul sınırlara indirecektir.

Bildirim süresine uyulmaması halinde talep edilebilecek ihbar tazminatı ile cezaî şart arasında hukuki temel, amaç ve miktar yönünden farklılıklar vardır. Hukuki temel açısından farklılık, ihbar tazminatının kanuna, cezaî şartın ise sözleşmeye

³⁸⁸ Bu konuda bkz. Alpagut, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.13-14.

³⁸⁹ Gerçek olmayan cezaî şart hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 1. Bölüm, IV, D.

dayanmasından kaynaklanmaktadır³⁹⁰. Her iki tazminatın düzenlenme amaçları da farklıdır. İhbar tazminatı, bildirim süresine uyulmamasının yaptırımıdır. Cezaî şart ise cezalandırma ve telafi amacı ile birlikte, esasen sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesini güvence altına almayı amaçlamaktadır. Son olarak ihbar tazminatının miktarı kanunda maktu olarak belirlenmiştir ve aşırı bulunarak indirilmesine yönelik bir hüküm yoktur. Buna karşılık cezaî şart aşırı bulunursa, TBK m.182/3 indirimine dair açık bir düzenleme öngörmüştür. Dolayısıyla aralarındaki farklılıklar da dikkate alındığında, ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olunan hallere aykırılık için cezaî şart kararlaştırılması sakınca doğurmamaktadır. Buradaki cezaî şart aksi kararlaştırılmadıkça seçimlik cezaî şarttır. Bu nedenle ihbar tazminatı talebi yanında seçimlik olarak, zararın tazmini veya cezaî şart ödenmesi talep edilebilecektir³⁹¹. Bir noktaya daha dikkat çekilmelidir ki cezaî şartın işçi aleyhine tek taraflı olamayacağına yönelik TBK m.420 düzenlemesi burada da gözetilmelidir.

İsviçre Hukuku bağlamında konu ele alındığında, süreli fesih bakımından cezaî şart kararlaştırılmasının, fesih özgürlüğüne yönelik kanuni sınırlamalar ile aynı amaç ve etkiyi taşıdığına dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla da cezaî şart kararlaştırılmasının, fesihte bildirim süresine uyulması veya uyulmaması ayırımına değinilmeksizin, kural olarak fesih özgürlüğü ve emredici fesih hükümleri ile ters düşmediği savunulmaktadır³⁹². Halbuki İsviçre’de, süreli feshe ilişkin OR m.335, mutlak emredici hükümler kategorisinde sayılmıştır (*OR m.361*). Fakat doktrinde, buradaki emrediciliğin süreli fesih için aksine hiçbir kararlaştırma yapılamayacağı şeklinde anlaşılmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Aksine cezaî şart gibi, her iki taraf için de

³⁹⁰ Santoro, s.72.

³⁹¹ Bildirim süresinin sözleşme ile artırılması halinde, ihbar tazminatı da aynı oranda artacağından, kimi durumlarda ihbar tazminatını talep etmek, cezaî şartın miktarına nazaran daha avantajlı olabilecektir. Bildirim süresinin artırılması halinde, işçi lehine olmak üzere ihbar tazminatının da artacağı kabulü hakkında bkz. Süzek, s.535; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.461-462; Narmanlıoğlu, **İş Hukuku**, s.383-384. Bu konuda doktrinde bahsi geçen karar yönünde verilen önemli bir karar için bkz. Y.9.HD., T.01.04.2003, E.2002/21541, 2003/5474, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 01.03.2017. Bildirim süresi sözleşme ile artırılırken, tarafların açıkça ihbar tazminatının kanundaki süreler üzerinden ödeneceğini kararlaştırmasının geçerli olacağı yönünde bir değerlendirme için bkz. Şahlanan, **Değerlendirme 2003**, s.93.

³⁹² Santoro, s.73.

eşit şekilde olmak şartıyla, feshe karşı koruma hükümlerinin getirilebileceği belirtilmektedir³⁹³.

Alman Hukuku'nda ise fesih hakkını, işçi aleyhine tek taraflı olarak sınırlayan cezaî şart kararlaştırılması geçersiz bulunmaktadır. Nitekim bu konuda BGB m.134'e dayanılmaktadır³⁹⁴. BGB m134'de kanunda yer alan bir yasağa, kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça uyulmamasının yaptırımının geçersizlik olduğu yer almaktadır. Bu kapsamda bildirim süreleri ile cezaî şarta ilişkin düzenlemeyi birlikte değerlendiren yazarlara göre, her iki sözleşme tarafı için de aynı uzunlukta belirlenen bildirim süresinin mevcut olması halinde, bu süreye aykırı fesih bakımından cezaî şart yoluyla güvence sağlanabilecektir. Buna karşılık usule uygun fesih hakkı cezaî şarta bağlanamayacaktır³⁹⁵.

İş sözleşmesinin feshine yönelik sınırlamalardan biri olan bildirim süresinin artırılması yerine, sözleşmede sadece bu süreye bağlı tazminatın artırılmasının cezaî şart niteliğinde kabul edilip edilemeyeceği de tartışılmalıdır. Özdemir, Fransız doktrinde ileri sürülen bir görüşe dayanarak, ihbar tazminatının artırılmasına yönelik

³⁹³ ZK-Staehelin, Art.335, OR N.38; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 335, N.17.

³⁹⁴ ErfK/Müller-Glöge, §339-345, Rn.13.

³⁹⁵ ErfK/Müller-Glöge, §339-345, Rn.13. BAG'ın konuya ilişkin bir kararında özel bir ilkokulda öğretmen olan işçinin iş sözleşmesinde, bildirim süresi kanuni sınırın üzerinde fakat hem işveren hem işçi için aynı uzunlukta belirlendiği, tarafların yılda sadece 31.07 tarihinde iş sözleşmesini sonlandırabileceği, bunun için ise en geç iki ay öncesine kadar feshin karşı tarafa bildirilmesi gerektiği, aksi halde üç aylık brüt ücret tutarında cezaî şart ödenmesi gerektiği yer almaktadır. BAG, yaptığı değerlendirmede genel işlem şartı olan hükmün beklenmedik bir hüküm olmadığı ve yeterli şeffaflığa sahip olduğu, yılda bir kere fesih hakkı verilmesini işçinin öğretmen olması ve eğitimin aksamaması gerekçeleriyle geçerli kabul etmiştir. Ayrıca genel işlem koşulu içerik denetimine aykırı bir hüküm de mevcut değildir. Nitekim BGB m.622/6'da her iki taraf için de kanuni süre üzerinde aynı uzunlukta fesih bildirim süresi kararlaştırılabileceği yer almaktadır. Ayrıca somut olay değerlendirildiğinde, işçinin öğretmen olması ve eğitimin yarıda kesilmemesi için daha önce feshin bildirilmesi ile yeni öğretmen bulunmasının sağlanması amaçlandığından aleyhe durum da yoktur. Söz konusu hükme aykırılık hali için kararlaştırılan üç aylık brüt ücret tutarındaki cezaî şart, genel işlem koşulları kapsamında mahkemece değerlendirildiğinde ise hangi hallerde ödenmesi gerektiği ve sözleşmedeki yeri bakımından şeffaflık kuralına uygun bulunmuştur. Fakat Yüksek Mahkeme'ye göre, cezaî şartın miktarı, işçi aleyhine hakkaniyete aykırı durum yaratabilmektedir. Cezaî şartın miktarı bakımından yargı kararlarında "*bir aylık brüt ücret*" baz alınsa da somut olayın özellikleri dikkate alınacağından, bu süre genel bir üst sınır değildir. Fakat olaydaki cezaî şart hükmü incelendiğinde, her durumda üç aylık brüt ücret ödenmesi cezaî şart olarak kararlaştırılmış olup, herhangi bir istisna getirildiği sonucuna hükmün lafzından ve yorumundan ulaşılamamaktadır. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme, işçi kısmen hükme uymuş olsa bile bütün cezaî şartı ödemek zorunda kalacağından, işçi aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bir cezaî şart belirlendiğinden, cezaî şart hükmünün geçersiz olduğuna karar vermiştir. Zira Mahkeme'ye göre, sözleşme hükmü genel işlem koşulu niteliğinde olduğundan BGB m.343 gereği indirim de yapılamayacaktır. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 25.09.2008, 8 AZR 717/07, NZA, 2009, Heft 7, s.370-378.

bir sözleşme hükmünün, herhangi bir borca aykırılığı yaptırıma bağlamıyorsa, cezaî şart niteliğinde görülemeyeceğini ileri sürmektedir. Bu yazara göre ihbar tazminatı artırılmasının karşılığı olarak işverene bir yükümlülük yüklenmişse, bu hüküm teknik olarak cezaî şart niteliği kazanacaktır. Örneğin, işverenin fesih hakkı haklı neden dışında işten çıkarmalarda disiplin kurulu kararı aranması ile sınırlandırılmış ve bu sınırlamaya uyulmaması halinde iki katı tutarında ihbar tazminatı ödeneceği kararlaştırılmışsa, bu düzenlemenin cezaî şart olduğu ifade edilebilecektir. Zira burada sözleşmeden doğan bir borcun ihlal edilmesi söz konusudur³⁹⁶. Yazara göre aynı husus sözleşmelerle kıdem tazminatının artırılması için de geçerlidir³⁹⁷. Buna karşılık özellikle belirsiz süreli sözleşmede, herhangi bir borca aykırılığı yaptırıma bağlamaksızın sadece bildirim veya kıdem tazminatı miktarını artıran sözleşme hükümleri cezaî şart niteliğinde görülmemektedir³⁹⁸. Gerçekten de belirsiz süreli sözleşmenin feshi her durumda bir borca aykırılık oluşturmamaktadır; fesih, kanunda taraflara tanınmış bir haktır. Oysa ki cezaî şart talep edilebilmesi için aranan temel şart, sözleşmeden doğan bir borca aykırı davranış bulunmasıdır. Bu nedenle yazarın yaptığı ayrımı katıldığımızı belirtmek isteriz.

Doktrinde bir başka görüş ise bildirim sürelerinin sadece işçi aleyhine artırılamayacağı kabulünden yola çıkarak yorum yapmaktadır. Buna göre belirsiz süreli iş sözleşmesinde, bildirim süresine bağlı olan ihbar tazminatı miktarını aşan cezaî şart kararlaştırılması, gerçekte “*cezaî şart*” adı altında işçi aleyhine olmak üzere ihbar tazminatının artırılması demek olacaktır. Hatta ihbar tazminatını aşan miktarda her iki taraf için de cezaî şart kararlaştırılmış olsa bile, işçinin yükümlülüğü ağırlaştırıldığından ödemesi kararlaştırılan cezaî şart yine geçersiz kabul edilmelidir³⁹⁹.

³⁹⁶ Bu görüş için bkz. Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.85-86; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.25; Erdem Özdemir, “İş Hukukunda Cezai Şart”, **AÜEHFD**, C.IX, S.3-4, 2005, s.404-405. Yargıtay da sözleşmenin feshinde disiplin kurulu kararı aranmasına rağmen, buna aykırı olarak işten çıkartılan işçiye kıdem tazminatının iki katı tutarında ödenmesine yönelik hükmü cezaî şart niteliğinde saymıştır. Bkz. Y.9.HD., T.17.01.1991, E.1990/9306, K.1991/207, İHD., Nisan-Haziran 1991, s.268.

³⁹⁷ Bu konuda bir Yargıtay kararı için bkz. Y.9.HD., T.24.09.1992, E.1992/3164, K.1992/10375, YKD, Şubat 1994, s.221.

³⁹⁸ Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.24-25; Özdemir, **Cezai Şart**, s.405

³⁹⁹ Bu görüş için bkz. Murat Demircioğlu, “İş Hukukunda Cezai Şart”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, İstanbul, Beta, 2010, s.163. Bu görüşü, belirli süreli iş sözleşmesi kapsamında eleştiren görüş için bkz. Fevzi Şahlanan, “Genel Görüşme”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992**, İstanbul, Mess Yayınları, 1994, s.78.

(3) Fesih İçin Neden Bulunması ve Cezaî Şart

Fesih özgürlüğü, kanunda bazı şartları haiz işçiler bakımından fesihte neden aranmak suretiyle sınırlandırılmıştır. Sistematik bir inceleme olması bakımından, bu halleri kanundaki sistem izlenerek ikiye ayırarak incelemek isabetli olacaktır. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nda, iş güvencesine tâbi olan ve olmayan işçilerin fesih hükümleri, farklı şartlara ve hukuki sonuçlara bağlanmıştır. Cezaî şartın geçerliliğinin tespitinde, öncelikle iş güvencesine tâbi olmayan işçilerin iş sözleşmesinin feshinde neden bulunup bulunmamasının önemi incelenecek olup; daha sonra iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmesinin feshinde neden kavramı ele alınacaktır. Bu noktada belirtilmelidir ki bu başlık altında yapılacak inceleme, feshe ilişkin ilkelerden biri olarak fesihte neden bulunması konusu bağlamında cezaî şartın geçerliliğine sadece genel bir çerçeve çizmeyi amaçlamaktadır. Fesihte neden bulunmamasının hukuki sonuçları ile cezaî şart ilişkisi ise ayrı bir başlık altında ele alınacağından, ilgili bölümlere atıf yapmakla yetinilecektir.

İş Kanunu m.18'de yer alan şartları taşımayan işçiler, iş güvencesi hükümlerinin uygulama alanının dışında kalmaktadır. Bu işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde, işverenin herhangi bir neden gösterme zorunluluğu yoktur. İşveren bildirim sürelerine uymak şartıyla fesih hakkını kullanabilecektir. Yani bu işçiler için kural olarak fesihte serbestî sistemi geçerliliğini sürdürmektedir⁴⁰⁰. Bu nedenle iş güvencesi dışındaki işçiler için, fesih hakkının kullanımını sınırlandıran cezaî şart kararlaştırılması, fesih özgürlüğü çerçevesinde pek mümkün gözükmemektedir. Nitekim burada fesih hakkının kullanımına bağlanan cezaî şart, aslında gerçek anlamda bir cezaî şart da değildir. Zira bu halde, TBK m.179'da aranan borca aykırılık şartı mevcut değildir. Bu nedenle iş güvencesi dışındaki işçilerin iş sözleşmesinin feshinde, işçi ya da işverenin fesih hakkını kullanması fark etmeksizin, feshin cezaî şarta bağlanması ancak asgari bir süre için ve işçi aleyhine tek taraflı olmaması halinde mümkündür. Aksi kabul, kanunun tanıdığı bir hakkın kullanımının, kanuna aykırılık olmamasına rağmen aşırı sınırlandırılmasına yol açacaktır.

⁴⁰⁰ Süzek, s.567; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 462.

İş güvencesi dışında kalan işçilere yönelik olarak, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile işverenin fesih hakkının sınırlandırılması mümkündür. Bu sınırlandırma sıklıkla, iş güvencesine tâbi olan işçilerin feshinde aranan geçerli nedenin veya bu işçilere uygulanan feshin hukuki sonuçlarının, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilere de uygulanmasının kararlaştırılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İşte bu tür fesih hakkını sınırlandıran sözleşmesel kayıtların geçerliliği ile cezaî şart ile ilişkisi ise İşK m.21/son'da düzenlenen feshin hukuki sonuçlarına ilişkin mutlak emredici nitelikteki hüküm çerçevesinde ayrı bir başlık altında ele alınmıştır⁴⁰¹.

İsviçre Hukuku'nda da süreli fesih hakkı geçerli nedenlerin bulunmasına bağlanmamıştır. Nitekim sözleşmede tarafların serbestçe bu şartları belirleyebileceği fesih özgürlüğü temel alınmıştır⁴⁰². Şüphesiz bu özgürlük sınırsız değildir. Menfaat dengesinin sağlanması ve sözleşmenin zayıf tarafının korunması amacıyla, kanunda feshe karşı koruma hükümlerine yer verilmiştir⁴⁰³. Bu hükümlerden ilki bir önceki başlık altında incelenen fesih bildirim süreleri, ikincisi ise OR m.336 uyarına fesih hakkının kötüye kullanılmasıdır. Bunun dışında taraflar sözleşmeyi feshetmekte serbesttirler⁴⁰⁴. Keza bu hukuk sisteminde iş güvencesine yönelik düzenleme de mevcut değildir⁴⁰⁵. Fakat sözleşmenin süreli ya da haklı nedenle feshinin cezaî şarta bağlanması ise fesih hakkını ölçüsüz şekilde sınırladığından ve hatta ortadan kaldıracabileceğinden geçersiz sayılmaktadır⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, b, (3), ii.

⁴⁰² ZK-Staehelin, Art.335, OR N.3; Santoro, s.67.

⁴⁰³ BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 335, N.14; Nordmann, s.48-49; Vischer, Müller, §24, N.5; Rehbinden, §12, N.326; Santoro, s.68.

⁴⁰⁴ ILO'nun 158 sayılı Sözleşmesi'nde işverenin iş sözleşmesini feshinde geçerli neden kavramı düzenlenmektedir. Fakat İsviçre, bu Sözleşme'ye de onay vermemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 335, N.14; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 335, N.6; Rehbinden, §12, N.317.

⁴⁰⁵ Bu haliyle İsviçre, İş Hukuku'nda fesih özgürlüğünün genişliği açısından, Avrupa Birliği ülkeleri içinde (*Liechtenstein hariç tutulmak üzere*) tipik bir örnektir. İsviçre'de fesih özgürlüğünün geniş belirlenmiş olmasının nedeni olarak serbest bir çalışma pazarı yaratmak ve bu pazarın korunmasını sağlamak olduğu gösterilmektedir. Bu hukuk sisteminde fesih özgürlüğü ne kadar sınırlandırılırsa işsizlik oranının o kadar artacağı savunulmaktadır. Buna örnek olarak ise geniş feshe karşı koruma düzenlemelerine sahip olan Fransa gösterilmektedir. Nitekim böyle bir feshe karşı koruma sisteminde işveren, işyerine yeni işçi almak istemeyecektir. İsviçre'de ise feshe karşı koruma hükümlerinin fazla olmamasının sonucu olarak, serbest bir çalışma pazarının garanti altına alındığı ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Vischer, Müller, §24, N.3 ve 8; ZK-Staehelin, Art.335, OR N.3; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 335, N.14 ve OR Art. 336, N.2; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 335, N.6.

⁴⁰⁶ Vischer, Müller, §24, N.3; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 335, N.6.

Konunun ikinci ayrımında iş güvencesine tâbi işçiler bakımından, fesihte neden aranması ve cezaî şart ilişkisi incelenecektir. İş Kanunu m.18 ve devamı hükümlerinde, iş güvencesine tâbi işçiler bakımından feshe karşı koruma sağlanması amacıyla, feshin belirli bir usule dayandırılması ve fesihte geçerli neden gösterilmesi düzenlenmiştir. Kanunda belirtilen usule uyulması ve fesih için geçerli neden de bulunması halinde, sözleşmede kararlaştırılan cezaî şart geçerli olmayacaktır. Şöyle ki daha önce de belirtildiği üzere, TBK m.179'da cezaî şart kararlaştırılması için borca aykırılık aranmaktadır. Buna karşılık usule uygun böyle bir fesih halinde, borca aykırılık yoktur. Dolayısıyla fesih hakkının kullanımını aşırı oranda sınırlandıran ve işverenin fesih hakkını kullanmaktan kaçınmasına neden olabilecek böyle bir cezaî şart kanaatimizce geçersizdir.

İş Kanunu m.18 ve devamında yer alan fesih usulüne uyulmaması veya fesihte geçerli neden gösterilmemesi ya da gösterilen nedenin geçerli neden niteliğinde olmaması halinde, işçiye işe iade davası açma ve buna bağlı olarak İşK m.21'de yer alan hakları talep etme imkânı tanınmıştır⁴⁰⁷. Özellikle mutlak emredici niteliğe sahip olan İşK m.21/son ile iş güvencesine tâbi işçilerin bu maddede yer alan tazminat ve diğer alacaklarında değişiklik yapılması yasaklanmış ve aksi yönde sözleşme hükümleri kararlaştırılması ise geçersiz sayılmıştır. Uygulamada ise süreli fesih halinde, işçi için ekonomik sakıncalar içeren klozların iş sözleşmelerine sıklıkla eklendiği gözlenmektedir. Hal böyleyken bu klozlar kapsamında sayılan cezaî şartın, İşK m.21/son çerçevesinde geçerliliği konusu oldukça tartışmalıdır. Bu konu önemi dolayısıyla ayrı bir başlıkta ele alınmış olup, bu başlığa atıfta bulunmakla yetiniyoruz⁴⁰⁸.

Son olarak belirtilmelidir ki işçi ister iş güvencesi kapsamında olsun ister olmasın, tarafların haklı nedenle fesih hakkını kullanmalarına yönelik cezaî şart belirlenmesi, açıkça fesih hakkının aşırı ölçüde sınırlandırılmasına yol açacağından geçersizdir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ İş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçilerin iş sözleşmesinin feshine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.567 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, 469 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.278 vd..

⁴⁰⁸ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, b, (3), ii.

⁴⁰⁹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, b, (2).

Konuyu özetlersek, esasında kanunun aradığı usule ve kanunda yer verilen fesih nedenlerine uygun bir fesih hakkı kullanılmış ise bu hakkın kullanımını sınırlandıran cezaî şart kararlaştırılması geçersiz sayılmalıdır. Fakat belirtelim ki belirsiz süreli iş sözleşmesini fesih hakkının asgari bir süre belirlenmek suretiyle cezaî şart ile sınırlandırılması, karşılıklılık ilkesine de uyulmuş olması halinde geçerli olacaktır. Kuşkusuz haklı nedenle fesih hakkı saklıdır⁴¹⁰. Yine kanundaki şartlara aykırı bir fesih hali için kararlaştırılan cezaî şart ise kanundaki emredici hükümlere ve fesih hakkının özüne dokunmadığı ölçüde geçerli kabul edilebilecektir.

(4) İşçi Aleyhine Tek Taraflı Cezaî Şart Yasağı

Ülkemizde işsizliğin yaygın olması dolayısıyla işçiler genellikle iş bulma güçlüğü içerisindeyler. Dolayısıyla istisnalar hariç tutulmak üzere, işçiler iş sözleşmesinin ekonomik olarak zayıf tarafı konumundadırlar. Bunun sonucunda sözleşmenin imzalanması sürecinde, işveren ile özgür bir pazarlık ortamına sahip oldukları söylenemez. İşçinin, kendisine sunulan iş sözleşmesinde aleyhine olan tek taraflı cezaî şart hükmünü, çoğu zaman müzakere dahi etmeden kabul etme olasılığı oldukça yüksektir⁴¹¹. Bu nedenle kanun koyucu, işçiyi korumak amacıyla, iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şarta özgü olarak, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılmasını yasaklamıştır.

i. 818 sayılı Borçlar Kanunu Dönemi

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde belirsiz süreli iş sözleşmesinin kanuna aykırı feshine yönelik olarak kararlaştırılan cezaî şart genellikle geçerli kabul edilmekteydi. Fakat kanunda bu yönde bir hüküm bulunmamasına rağmen, yargı içtihadı ile doktrinde bu içtihattan yola çıkan bir grup yazar, cezaî şartın her iki taraf için de kararlaştırılmış olmasını şart koşmaktaydı⁴¹². Aksi halde tek taraflı olarak işçi

⁴¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 2.Bölüm, I, D, 1, a, (4).

⁴¹¹ Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.92.

⁴¹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 818 sayılı Kanun dönemine dikkat çektiği kararında şu ifadeler yer almaktadır: "...İş hukuku açısından Borçlar Kanunun sözü edilen hükümlerini uygulamakla birlikte, Dairemizce bazı yönlerden İş hukukuna özgü çözümler üretilmiştir. İş hukukunda "İşçi Yarasına Yorum İlkesi"nin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezaî şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de benimsenmiştir. Hizmet sözleşmeleri açısından

aleyhine kararlaştırılan cezaî şartın geçersizliğine hükmedilmekteydi. Bu dönemde kanunda hüküm olmamasına rağmen işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılamaması, İş Hukuku'nda uygulama alanı bulan “işçi yararına yorum ilkesi”ne dayandırılmaktaydı⁴¹³. Nitekim 9.Hukuk Dairesi'nin yerleşik hale gelmiş kararlarında bu hususa açıkça dikkat çekilmişti: “...İş Hukukunda İşçi Yararına Yorum İlkesinin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezaî şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de benimsenmiştir...”⁴¹⁴.

cezaî şartla ilgili olarak 818 Sayılı Yasada açık bir hüküm bulunmaz iken, ...”. Bu karar için bkz. Y.HGK., T.1.03.2017, E. 2015/9-989, K. 2017/386, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 29.10.2018. Bu yönde bkz. Y.22.HD., T.10.04.2014, E.2013/8355, K.2014/7684, Çalışma ve Toplum, 2015/3, s.477 vd.; Y.7.HD., T.17.02.2014, E.2013/19815, K.2014/4012, Çalışma ve Toplum, 2015/1, s.402-406; Y.9.HD., T.22.01.2013, E.2012/10007, K.2013/358, Çalışma ve Toplum, 2013/2, s.441-442.

⁴¹³ Bu dönemde tek taraflı cezaî şart konusunda bazı yazarlar, eğitim gideri karşılığı olması halinde tek taraflı cezaî şart belirlenebileceğini, dolayısıyla diğer hallerde cezaî şartın iki taraflı kararlaştırılması gerektiğini, dolayısıyla Yargıtay'ın uygulamasının genel olarak isabetli olduğunu savunmaktaydılar. Bkz. Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, 2005, s.184; Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.92; Sarper Süzek, “Ferdî İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1998**, İstanbul, Mess Yayınları, 2000, s.120. Bir yazar ise böyle bir ayrıma değinmeden, kural olarak işçi aleyhine tek taraflı kararlaştırılan cezaî şartın geçersiz olduğu görüşünü ileri sürmekteydi. Bkz. Centel, s.199. Benzer yönde bkz. Arıcı, s.41-42.

Doktrinde bir grup yazar ise işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılamayacağını kabul etmekle beraber, benzer gerekçelerle belirli süreli iş sözleşmesinin bu kuralın istinası oluşturduğunu ifade etmekteydi. Yazarlar, belirli süreli iş sözleşmesinin feshi için işçi aleyhine cezaî şart kararlaştırılmasının tek taraflı olmadığını, zira işveren tarafından haksız fesih hali için BK m.325'de bir tazminat belirlendiğini; ancak işçinin haksız feshi hali için kanunda benzeri bir hüküm olmadığını belirtmekteydiler. Bu yönde bkz. M. Kemal Oğuzman, “Genel Görüşme”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992**, İstanbul, Mess Yayınları, 1994, s.84; Şahlanan, **Değerlendirme 1992 (Genel Görüşme)**, s.77-78; Polat Soyer, “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezaî Şartın Geçerliliği Sorunu”, **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, Ankara, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, 2000, s.366-367. Aynı görüşte bkz. Gülsevil Alpagut, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, İstanbul, Mavi Matbaacılık, 1998, s.198.

Başka bir yazar, ayrıca belirli süreli iş sözleşmesinin feshinde cezaî şart kararlaştırılması halinde, BK m.325 uyarınca ödenmesi gereken bakiye süre ücreti tutarındaki tazminat ile işçinin haksız fesih halinde ödemesi için kararlaştırılan cezaî şart arasında orantı sağlanması gerektiğine dikkat çekmekteydi. Yine yazar, belirli süreli iş sözleşmesi feshinde olduğu gibi, eğitim gideri karşılığı belirlenen tek taraflı işçi aleyhine cezaî şartı geçerli kabul etmekteydi. Bu görüş için bkz. Soyer, **Cezaî Şart**, s.366-367.

Benzer yönde bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.439-439. Bir yazar ise daha farklı bir değerlendirme yapmaktaydı. Söz konusu yazara göre, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde olduğu gibi, belirli süreli iş sözleşmesinde de işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılması mümkün değildir; her halde iki taraflı cezaî şart belirlenmesi gerekir. Bu doğrultuda bkz. Mollamahmutoğlu, 2005, s.521.

Başka bir yazar ise mevzuatta bir hüküm bulunmadığından yola çıkarak, İş Hukuku'nun kendine özgü niteliğine uygun ölçüde işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılmasını geçerli kabul etmekteydi. Dolayısıyla yazar, somut olayın özellikleri dikkate alınmadan, doğrudan işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılmış olmasına dayanılarak, cezaî şartın geçersizliğine hükmedilmesini, hakkaniyete ve çalışma hayatının ihtiyaçlarına aykırı bulmaktaydı. Bkz. Karagöz, s.97-98.

⁴¹⁴ Bu kararlar için bkz. Y.7.HD., T.17.02.2014, E.2013/19815, K.2014/4012, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/1, s.402-406; Y.HGK., T.01.03.2017, E. 2015/9-989, K. 2017/386, (Çevrimiçi)

Bu dönemde doktrinde bir görüş tarafından, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağı, BK m.340/3’de yer alan hükme dayandırılmaktaydı. Bu görüşü ileri süren bir yazara göre, taraflar için farklı bildirim süresi öngörülemediğini belirten bu fıkra, sadece bildirim süreleri için değil, iş sözleşmesinin feshine ilişkin tüm kurallar için geçerli kabul edilebilecekti⁴¹⁵. Zira BK m.340/3’ün amacı işçiyi, fesih yönünden işveren karşısında daha kötü duruma düşürmekten korumaktı. Dolayısıyla işveren açısından kolaylaştırılmış bir fesih imkânı kararlaştırılmasını engellemektedir. Bu nedenle gerek bildirim süresi gerekse cezaî şart konusunda, işçi aleyhine öngörülen tek taraflı düzenleme BK m.340 uyarınca geçersiz sayılabilecekti⁴¹⁶.

Doktrinde, Yargıtay uygulaması ile ortaya çıkan işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılması yasağını isabetsiz bulanlar da mevcuttu. Doktrinde, konunun cezaî şartın her iki taraf için de karşılıklı olması noktasından ele alınmaması gerektiği savunulmaktaydı. Gerçekten de iş sözleşmeleri sinallagmatik sözleşmelerden olup, tarafların borçları karşılıklı olsa bile her zaman aynı nitelikte olmayabilecektir.

www.kazanci.com.tr, 29.10.2018; Y.9.HD., T. 21.01.2010, E.2009/46225, K.2010/604, Çalışma ve Toplum, 2010/26, s.445 vd.

⁴¹⁵ Soyer, **Cezai Şart**, s.367-368.

⁴¹⁶ Soyer, karşılıklılık kuralına dair bu gerekçeyi ileri sürerken, Yargıtay’ın 17.11.1992 tarihli kararında, azami süreli iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın, işçi aleyhine tek taraflı olduğu için işçiyi bağlamayacağı sonucuna varılmasını isabetli bulmasına rağmen, gerekçesinin zayıf olduğundan yola çıkmıştır. Nitekim karara konu olan iki yıl süreli sözleşmede, işçi tarafından fesih halinde cezaî şart ödenmesi kararlaştırılmasına rağmen, işveren tarafından feshedilir ise İş Kanunu’ndaki bildirim sürelerinin uygulanacağına dair hüküm yer almaktaydı. Bu gerekçe için bkz. Soyer, **Cezai Şart**, s.367-368. Bu karar için ayrıca bkz. Y.9.HD., T.17.11.1992, E.1992/8777, K.1993/12603, İHD, C.3, S.2, s.306. Gerçekten de 818 sayılı Kanun döneminde 340.maddede, işverenler ve işçiler için bildirim süresinin her iki taraf aleyhine eşit olarak belirlenmesi düzenlenmişti. Bu dönemde Yargıtay kararlarında, BK m.340 düzenlemesi mutlak eşitlik değil, işçinin korunması ilkesine dayalı nispi eşitlik olarak değerlendirilmekteydi. Dolayısıyla bildirim sürelerinin işveren aleyhine artırılabilirdi, buna karşılık işçinin uyması gereken bildirim sürelerinin artırılmayacağı yönünde karar verilmekteydi. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2000 tarihli bir kararında bu hususa dikkat çekilmiştir: “...1475 sayılı İş Kanununun 13/B maddesinde İş Kanununda belirlenen bildirim önellerinin asgari olduğu ve sözleşme ile artırılabilirdiği öngörülmüştür. Ancak bu hükmün nispi emredici olduğu ve bu kamu düzeni ile ilgisi nedeniyle bu sürelerin sadece işçi lehine artırılabilirdiği öğretide benimsendiği gibi, Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatları da bu doğrultudadır. Böyle olunca; davalı işçinin aleyhine olarak yasal bildirim öneli yerine toplu iş sözleşmelerinde öngörülen daha fazla süreler dikkate alınarak belirlenen bildirim tazminatının hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.03.05.2000, E.1999/2417, K.1999/6515, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 18.02.2018. Yargıtay benzer yönde başka bir kararında da bu Yargıtay’ın yerleşmiş bu içtihadına dikkat çekilmiştir: “...Dairemizin kararlık kazanmış uygulamasına göre işçi lehine öneller artırılabilirse de işveren lehine artırılamaz. Bu bakımdan bildirim tazminatı hesabında 1475 sayılı İş Kanunu’nun 13. maddesinde de öngörülen öneller üzerinden hesaplanmak üzere kararın bozulması gerekmektedir...”. Bu karar için bkz. Y.9.HD., E. 1998/11002, K. 1998/13716, T. 29.9.1998, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 18.02.2018. Ayrıca feshi bildirim sürelerinin eşitliği konusunda bkz. Kaplan, s.55.

Dolayısıyla önemli olan cezaî şart ile üstlenilen edimin, iş sözleşmesinde bir karşılığının olmasıdır. Bu karşılığın mutlaka “*cezaî şarta cezaî şart*” şeklinde olması gerekli değildir. Bu esastan yola çıkılarak eğitim karşılığı öngörülen cezaî şartın geçerliliğinin de hukuki bir zemine oturtulduğu savunulmaktaydı⁴¹⁷.

Konu hakkında 2010 tarihli bir kararı değerlendiren Şahlanan⁴¹⁸ ise karar metninde yer alan ifadeleri isabetli bulurken, ayrıca farklı bir hususa daha dikkat çekmiştir. Yazara göre, cezaî şartı doğuran olay, işin niteliği gereği sadece bir tarafın eylemi ile gerçekleşebiliyorsa, cezaî şartın karşılıklı olması zorunluluğundan söz edilmemesi gerekmektedir. Buna verilebilecek en güzel örnek ise işçinin rekabet yasağını ihlal etmesine yönelik cezaî şart kararlaştırılmasıdır⁴¹⁹.

ii. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Dönemi

İş sözleşmesinin kurulması sürecinde işçinin işverene karşı ekonomik olarak zayıf konumda bulunmasını ve 818 sayılı Kanun dönemindeki Yargıtay uygulaması ile doktrin görüşlerini dikkate alan kanun koyucu, 6098 sayılı Kanun’da yeni bir düzenleme öngörmüştür⁴²⁰. TBK m.420’e göre “*hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir*”. Bu düzenleme, İş Hukuku’nda geçerli kabul edilen “*işçi yararına yorum*” ilkesinin bir yansımasıdır⁴²¹.

⁴¹⁷ Özdemir, **Cezai Şart**, s.410-411; Baycık, **Cezai Şart**, s.9-10.

⁴¹⁸ Bu karar ve değerlendirmesi için bkz. Y. 9. HD, 21.01.2010, E. 2009/46225 K. 2010/604, Fevzi Şahlanan, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Cezai Şart ve Borçlar Kanunu 325 Uygulaması-Kasım 2010”, **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Karar İncelemeleri: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s.353-360.

⁴¹⁹ Şahlanan, **Cezai Şart**, s.354.

⁴²⁰ Bu düzenlemeyi isabetli bulan görüş için bkz. Soyer, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, s.159; Alpogut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.954. Ayrıca bu düzenleme hakkında bkz. Şahin Çil, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Osman Güven Çankaya’ya Armağan**, Ankara, Kamu-İş Yayını, 2010, s.62-63; Karaçöp, Yamakoğlu, s.136; Başak Güneş, Faruk Barış Mutlay, “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, 2011/3, S.30, s.261.

⁴²¹ TBK m.420 hükmü bir görüş tarafından hatalı ve oldukça katı bir hüküm olarak görülmekte ve belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi gibi hallerde, mutlak olarak cezaî şartın geçersizliğine yol açacak şekilde yorumlanması eleştirilmektedir. Bunun yerine işçinin üstlendiği edimin bir karşılığının bulunup bulunmadığı somut uyumsuzluğa göre ele alınmalıdır. Bu eleştiri için bkz. Erdem Özdemir, “Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri ve 4857 sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, **Çalışma Mevzuatı Semineri**, Antalya, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 2012, s.132 ve 135; aynı yazar, **Cezai Şart**, s.411.

İşçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağının kanunda düzenlenmesini doktrinde isabetli bulanlar olduğu kadar⁴²², eleştirenler de vardır⁴²³. Düzenlemeye çekince ile yaklaşan görüşe göre, TBK m.420 ile kanun hükmü haline gelen ilke, özellikle çağın İş Hukuku gelişim çizgisi dikkate alındığında, sözleşmenin her iki tarafına da eşdeğer yükümlülük öngören sözleşme hükümleri için oldukça isabetli görülebilecektir. Fakat iş sözleşmesinde yer alan her hak ve borç mutlaka birbirine eş değerde olmak zorunda değildir⁴²⁴. Dolayısıyla Yargıtay uygulaması ile getirilen esasların, kanun hükmü haline getirilmesinden önce her ihtimal titizlikle tartışılmalıdır. Aksi halde somut olay bakımından uygulanabilirliği tartışmaya açık kuralların emredici kanun hükmü haline gelmesi, haksız sonuçların doğmasına neden olabilecektir⁴²⁵.

Sonuç olarak belirtilmelidir ki belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde, fesih hakkının özüne dokunulmadan, tek taraflı cezaî şart yasağının gözetilmesi ve fesih hakkının sınırlandırıldığı bir zaman dilimi belirlenmesi halinde kanaatimizce de cezaî şart kararlaştırılmasına engel bir düzenleme yoktur. Örneğin haklı fesih hakkının kullanılmasının cezaî şart yaptırımına bağlanması, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağına uyulsa bile fesih hakkının özüne dokunduğundan geçersizdir. Buna karşılık kanuna aykırı bir fesih hali için karşılıklı olarak kararlaştırılan cezaî şart, kanundaki diğer sınırlamalar da gözetilmiş ise geçerli sayılabilecektir. Yine fesih hakkının sadece belirli bir süre için cezaî şart ile sınırlandırıldığı, süre bitince cezaî şart ödemeksizin fesih hakkının kullanılabileceği tipte formüle edilen cezaî şart da işçi aleyhine tek taraflı olmadıkça hukuka uygun olacaktır. Bu nedenle cezaî şartın hakkın özüne dokunup

⁴²² Soyer, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, s.159; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.954

⁴²³ Özdemir, s.134; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.29; Aykaç, s.721-722. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda, iş sözleşmesine konulan cezaî şartın her iki taraf için de öngörülmedikçe geçersiz olacağı düzenlenmişti. Bu kapsamda Tasarı'daki hüküm, sadece işçi aleyhine olan cezaî şart gibi, sadece işveren aleyhine cezaî şartı da geçersiz kabul etmişti. Doktrinde bu düzenleme, İş Hukuku'nun işçiyi koruyucu niteliğinden hareketle işveren aleyhine olan cezaî şartın geçerli olduğunun ileri sürülemeyeceği şeklinde değerlendirilmişti. Bununla beraber düzenleme eleştiriler üzerine, kanunlaşma sürecinde, sadece işçi aleyhine olan cezaî şartın geçersiz olacağı şeklinde değiştirilmiştir. Tasarı dönemindeki değerlendirme için bkz. Ekmekçi, **Türk Borçlar Kanunu**, s.167.

⁴²⁴ Bu görüş için bkz. Özdemir, s.134; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.29; Aykaç, s.721-722.

⁴²⁵ Özdemir, s.134-135. Belirtilmelidir ki iş sözleşmesinin iki tarafını da bağlayan cezaî şart kararlaştırılması halinde de hâkimin, cezaî şart ödeme yükümlülüğü ortaya çıkan taraf bakımından TBK m.182/son uyarınca aşırı bulduğu cezaî şartı indirme yetkisi yine mevcuttur. Bu yetki, miktar yönünden iki tarafın karşılıklı cezaî şart kararlaştırdığı gerçeğine etkide bulunmamaktadır. Bu yönde bkz. Ömer Ekmekçi, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2009, S.13, s.28.

dokunmadığı kanundaki sınırlamalar dışında, süre, içerik ve benzeri unsurlar ele alınarak hâkim tarafından takdir edilecektir.

TBK m.420 hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra doktrinde, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı tartışması sona ermiştir⁴²⁶. Günümüzde daha çok hükmün yorumlanması ve Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi konuları üzerinde durulmaktadır. Örneğin, cezaî şartın işçi aleyhine kararlaştırılması geçerli kabul edilmemektedir. Bununla beraber işçinin eğitimi için işverence yapılan giderlerin geri ödenmesine yönelik işçi aleyhine tek taraflı olarak kararlaştırılan klotlar ise bu kuralın istisnası olarak değerlendirilmektedir⁴²⁷.

Yargıtay kararlarında, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağının yorumlanmasında dikkat edilmesi gereken kurallar yer almaktadır. Bununla beraber Yargıtay'ın 818 sayılı Kanun döneminde dikkate aldığı ölçütleri, yasağa kanunda yer verilmesinden sonra da sürdürdüğü görülmektedir. Bu itibarla, iş sözleşmesinde işçi aleyhine tek taraflı olarak kararlaştırılan cezaî şart geçersizdir⁴²⁸. Buna karşılık sadece

⁴²⁶ Süzek, s.752; Ekmekçi, s.28; Alpagut, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.19; aynı yazar, **Türk Borçlar Kanunu**, s.954; Çil, s.62.

⁴²⁷ Süzek, s.753; Şahlanan, **Cezai Şart**, s.356; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.438-439; Soyer, **Cezai Şart**, s.363 vd.; aynı yazar, **Genel Hizmet Sözleşmesi**, s.41-42; aynı yazar, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, s.159; Ekmekçi, s.28; Alpagut, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.19; Baycık, s.9; Yıldız, s.169; Çil, s.62. Şahlanan bu durumu, cezaî şartı doğuran olayın işin niteliği gereği sadece bir tarafın eylemi ile gerçekleşmesi olarak açıklamaktadır. Bu duruma örnek olarak yazar, işçi için öngörülen rekabet yasağının ihlalinde öngörülecek cezaî şartı vermektedir. Bkz. Şahlanan, **Cezai Şart**, s.356. Bu doğrultuda bkz. Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.954. Baycık da TBK m.420'deki ilkenin amaca uygun yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu nedenle yazar, işçinin sır saklama ile rekabet etmeme borcu bakımından tek taraflı cezaî şart kararlaştırılmasının engellenmediği sonucuna varmaktadır. Bu gibi durumlarda karşılıklılık, işverenin korunmaya değer haklı menfaati ile sağlanmaktadır. Bu yorum için bkz. Baycık, **Cezai Şart**, s.8-9.

⁴²⁸ Bu yönde bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. Y.HGK., T.24.12.2014, E. 2014/22-624, K. 2014/1077, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 28.10.2018. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, işçinin bildirim süresine uymadan iş sözleşmesini feshettiği ve buna karşılık işverenin ihbar tazminatı ile cezaî şart ödenmesini talep ettiği bir olayda, "...Cezai şartın, sadece işçi bakımından düzenlendiği ve tek taraflı olduğu ve ayrıca bildirim tazminatı geçmek üzere kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır...İş sözleşmelerinde tek taraflı olarak işçi aleyhine öngörülen cezaî şart kural olarak geçerli değildir. Cezai şartın geçerli olabilmesi için karşılıklılık ilkesi gereğince, sözleşmenin her iki tarafı yönünden kararlaştırılması gerekir..." gerekçesiyle cezaî şart talebini bozmuştur. Bu karar için bkz. Y.22.HD., T.22.01.2013, E.2012/10007, K.2013/358, Çalışma ve Toplum, 2013/2, s.441-442 ve kararı isabetli bulan inceleme için bkz. Alp, **Değerlendirme 2013**, s.239. Tam zamanlı akademik personel ile imzalanan belirli süreli iş sözleşmesindeki cezaî şart hükmünü, tek taraflı işçi aleyhine cezaî şart kabul ederek geçersiz sayan bir karar için bkz. Y.9.HD., T.1.10.2014, E. 2012/34369, K. 2014/28821, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 28.10.2018.

işçi lehine, yani işveren aleyhine konulan cezaî şart ise geçerlidir⁴²⁹. Ayrıca iş sözleşmesinde cezaî şartın iki taraflı kararlaştırılmış olması da yeterli değildir. İşçi aleyhine kararlaştırılan cezaî şartın, işveren aleyhine kararlaştırılan cezaî şarttan miktar olarak daha fazla olmaması da gerekmektedir⁴³⁰.

Yargıtay kararlarında, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şarta yönelik belirlenen ölçütler, kimi zaman isabetli kimi zaman isabetsiz olarak değerlendirilebilse de uygulama bakımından yol gösterici niteliktedir. Yargıtay bir kararında, belirsiz süreli bir sözleşmede, işçiden cezaî şart ödenmesinin talep edildiği bir uyuşmalıkta “...*Gerek belirli gerekse belirsiz iş sözleşmelerinde, cezaî şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Ancak, sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezaî şartın geçerli olabilmesi için, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması zorunludur. Asgari süreli iş sözleşmelerine de aynı şekilde hükümler konulması mümkündür...*” şeklinde ifadelerle yer vererek sözleşme türü ile bağlı olmaksızın karşılıklılık ilkesine uyulması halinde cezaî şart kararlaştırılmasını geçerli bulmuştur. Fakat Yüksek Mahkeme, bir istisna öngörerek, sözleşmenin süresinden önce feshine bağlanan cezaî şartın geçerli sayılmasını, ancak belirli süreli sözleşme veya asgari süreli sözleşmenin mevcut olması halinde mümkün kabul etmektedir. Bu konu ileride ayrıntılı olarak inceleneceğinden bu noktada üzerinde durulmayacaktır⁴³¹.

Aynı kararda, somut olay değerlendirilirken, tek taraflı cezaî şart yasağının nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin önemli tespitler de yer almaktadır. Zira somut uyuşmazlıkta, sözleşmede yer alan cezaî şart bakımından, “...*Dosya kapsamına göre; her ne kadar Yerel mahkemeye taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinin 6.3 maddesinin karşılıklılık şartını sağladığı ve bu yönüyle cezaî şartın geçerli olduğu kabul edilmiş ise de sözleşmenin incelenmesinden “işveren açısından kadroyu daraltmayı gerektiren zorunlu haller hariç” şeklinde bir şartın yer aldığı anlaşılmaktadır. Bu halde cezaî şartın karşılıklı olduğundan bahsedilemeyecektir. Taraflar arasındaki denge işçi aleyhine bozulmuş olup bu nedenle cezaî şart geçersiz*”

⁴²⁹ Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.36; Aykaç, s.724. Bu yönde ayrıca bkz. Y.9.HD., T.1.10.2014, E. 2012/34369, K. 2014/28821, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 28.10.2018.

⁴³⁰ Y.9.HD., T.21.01.2010, E.2009/46225, K.2010/604, Çalışma ve Toplum, 2010/3, s.445 vd..

⁴³¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 2.Bölüm, I, D, 2-3.

olduğundan davacının cezaî şart talebinin reddi yerine kabulü hatalıdır...” şeklinde karara varılmıştır.

Bahsi geçen kararda dikkat çeken husus, cezaî şartın, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağına uygun şekilde formüle edildiği izlenimi yaratmasıdır. Oysa ki gerçekte, kadro daraltmasına yönelik istisna ile işveren lehine olmak üzere taraflar arasındaki denge bozulmuştur. Zira kadro daraltılmasını gerektiren zorunlu bir halde işveren, cezaî şart ödemesi gerekmeksizin işçinin iş sözleşmesini feshedebilecektir. Bununla beraber sözleşmede işçi için karşılık oluşturabilecek bir hükme yer verilmemiştir⁴³². Dolayısıyla Yargıtay, somut olaydaki cezaî şartın yer aldığı hükmü sadece şekli değil, içerik olarak da TBK m.420’deki kurala uyulmadığı yönünde yorumlayarak, isabetli bir sonuca varmıştır⁴³³.

⁴³² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2014 yılında verdiği bir başka kararında da sözleşmede işverene tanınan kadro daraltmayı gerektiren zorunlu halleri cezaî şart ödemekten hariç tutan istisnayı cezaî şartta tarafların eşitliği ilkesine aykırı bulmaktadır. Bunun yanı sıra aynı kararda bir başka istisnaya daha dikkat çekilmiştir. Buna göre somut olaydaki sözleşmede yer alan “geçerli ve haklı neden olmadan iş aktinin feshi halinde her iki tarafa da cezaî şart ödeme yükümü getirildiğinden” ifadelerini de karşılıklılık ilkesine aykırı bulmuştur. Yargıtay, “İş Kanunu kapsamında işçiler için “geçerli fesih” halinin söz konusu olamayacağı, bu fesih halinin sadece işverenin başvurabileceği bir fesih hali olduğu gözetildiğinde, bu sözleşme hükmü ile işverene aynı zamanda “iş aktinin geçerli nedenle feshi halinde de cezaî şart ödememe imkanı” tanınmış olmaktadır. Cezaî şart ödemek zorunda kalmaksızın iş aktini feshetmeye yönelik olarak davacı işverene tanınan bu imkanlar işçiye tanınmadığından, cezaî şartın taraflara eşit şartlarda tanındığından söz edilemez. İş aktinin cezaî şart hükmünü düzenleyen maddesi cezaî şartta tarafların eşitliği ilkesine aykırı olduğundan davacı işveren lehine cezaî şarta hükmedilemeyeceğinin...” şeklinde ifadelerle yer verdiği kararında, işçinin geçerli nedenle fesih hakkı olmaması gerekçesine, kanaatimizce de isabetli olarak dayanmıştır. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.05.05.2014, E.2012/9436, K.2014/14271, Çalışma ve Toplum, 2015/2, s.291-293. Benzer yönde bir başka karar, “...Somut olayda; davacı 3 yıllık mecburi hizmet süresi dolmadan istifa etmiştir. Taraflar arasında düzenlenen Sözleşmenin, 5. maddesinde “ Banka tarafından. Disiplin Mevzuatının ilgili hükümleri ile sair haklı ve geçerli nedenler haricinde 3 (üç) yıllık mecburi hizmet süresi içinde işbu sözleşme feshedilemez.” Hükmü bulunmasına karşın davalının sadece haklı nedenler haricinde iş akdini feshetmesi halinde banka tarafından cezaî şart ödeneceği kararlaştırıldığından, cezaî şart işçi aleyhinedir. Dolayısıyla cezaî şart geçersizdir. Davacının cezaî şart isteminin reddi gerekir...” gerekçesiyle bozulmuştur. Bkz. Y.9.HD., T.12.05.2015, E.2014/4189, K.2015/17512, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 18.05.2018.

⁴³³ Bu karar için bkz. Y.9HD., T.07.03.2016, E.2014/32706, K. 2016/4958, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 20.03.2018. Kararı isabetli bulan bir değerlendirme için ayrıca bkz. Baycık, **Cezaî Şart**, s.10-11; aynı yazar, **Değerlendirme 2016**, s.168 vd.. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de davacının bir sağlık kuruluşu, davalının hemşire olduğu somut olayda verdiği kararda, her ne kadar iş sözleşmesinin ilgili maddesinde karşılıklı cezaî şart kararlaştırıldığı yönünde düzenleme yer alsa da, işçi aleyhine olarak cezaî şart ödenmesi öngörülen performans düşüklüğü ve hasta şikayeti şeklinde iki istisnai düzenlemeye yer verilmesini karşılıklılık ilkesine aykırı bulmuş ve kanaatimizce isabetli şekilde cezaî şart talebinin reddine karar vermiştir: “...Her ne kadar iş sözleşmesinde cezaî şartı düzenleyen “S” fıkrasında: “Taraflardan birinin iş akdini usulsüz veya haksız feshi halinde, usulsüz veya haksız fesih yapan taraf diğer tarafa cezaî şart olarak 5.000.-USD (beşbinamerikan doları) tazminat ödemekle yükümlüdür. Bu cezaî şart her iki taraf için de geçerlidir.” ifadesi yer almaktaysa da, fıkranın

Yargıtay 22.Hukuk Dairesi ise benzer bir uyuşmazlıkta, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nden farklı olarak, cezaî şartın işçi aleyhine tek taraflı olup olmadığı değerlendirmesi yapmaksızın, sözleşmede yer alan fesih nedeninin esasını ele almıştır. Uyuşmazlık konusu sözleşmede tarafların, sözleşmeyi süresinden önce ve sözleşmede öngörülen fesih sebepleri ve/veya mücbir sebepler ile “*kadroyu daraltmak*” gibi haklı sebepler dışında tek taraflı olarak feshetmesi cezaî şarta bağlanmıştır. 22. Daire, kadro daraltılması için zorunluluk olup olmadığının araştırılmamış olması gerekçesine dayanarak, yerel mahkeme kararını eksik inceleme yapılması nedeniyle bozmuştur. Belirtildiği üzere, bu kararda işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağına dair inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Zira somut uyuşmazlıkta, cezaî şart ödemesi gereken taraf işverendir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde işçi aleyhine cezaî şart kararlaştırılması belirli kurallara ve sınırlamalara tâbi tutulurken, işveren aleyhine cezaî şart kural olarak serbestçe kararlaştırılabilecektir⁴³⁴.

Bahsi geçen kararlarda yer aldığı üzere, görünüşte hem işçi hem işveren aleyhine sözleşmede cezaî şart bulunsa bile, TBK m.420'deki yasağın gerçek anlamda uygulanıp uygulanmadığının incelenmesi, cezaî şartın geçerliliğinin tespitinde önem

devamında “... işyeri yönetmeliğinde belirtilen haklı nedenler ile son 12 ay içerisinde en az iki kez performans düşüklüğü, en az üç kez hasta şikayeti ihtarı alması nedenleri ile personeli işten çıkarmak zorunda kalması hallerinde de, kusurlu davranıştan nedeni ile iş akdinin haklı nedenle feshine neden olan işçi, işverene aynı miktarda cezaî şart öder...” düzenlemesi getirilmiş olduğu görülmüştür. Yukarıda sayılan maddeler dikkate alındığında, alacak isteminin dayanağını teşkil eden 01.09.2011 tarihli iş sözleşmesinin, işçi-işveren arasındaki denklik hususu gözetilmeksizin, yasalarla getirilen güvence hükümlerinin ihlali niteliğinde düzenlemeler ile işçi aleyhine hükümler içerdiği, bu yönüyle geçerli bir sözleşme sayılamayacağı anlaşılmaktadır. Bu duruma göre ise, geçersiz sözleşme dayanak kılınarak talep edilen cezaî şart ve ilave bildirim tazminatı taleplerinin reddedilerek, 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerince davalı işçi aleyhine yasal bildirim tazminatı tutarına hükmedilmelidir...”. Bu karar için bkz. Y.22.HD., T. 31.10.2017, E. 2017/8893, K. 2017/23621, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 20.03.2018.

⁴³⁴ Y.22. HD., T.22.06.2016, E. 2016/4582, K. 2016/18840, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 20.03.2018. Nitekim TBK m.420'de yer alan yasak, sadece işçi aleyhine kararlaştırılan cezaî şart için söz konusudur. Buna karşılık kanunda, işveren aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılmasına ilişkin bir engel yoktur. Fakat kadro daraltılmasının haklı fesih nedeni olmadığı gerekçesiyle, cezaî şarta hükmedilmesi gerektiği yönünde karara ilişkin bir değerlendirilme için bkz. Baycık, **Cezai Şart**, s.14-15. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin, işçi aleyhine cezaî şart yasağına ilişkin inceleme yapılmasına gerek olmadığı yönündeki değerlendirmesi kanaatimizce de isabetlidir. Fakat, kadro daraltılmasının İşK m.25/2 uyarınca haklı neden olarak kabul edilip edilemeyeceği üzerinde durulmadan karara varılması eleştiriye açıktır. Nitekim kadro daraltılmasının sözleşme yoluyla haklı neden olarak kabul edilmesi, İşK m.25/2'nin işçi lehine dar yorumlanması gerekliliği karşısında kanaatimizce mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla sözleşmedeki ekonomik kriz nedeniyle kadro daraltılması hususunun gerçekliği ispat edilse bile, haklı neden olmaksızın sözleşme süresinden önce feshedilmiş sayılacağından işçinin cezaî şart talebi bu yönden de geçerli kabul edilmelidir.

arz etmektedir. Fakat cezaî şartın kapsamı bakımından işçi aleyhine bir eşitsizlik olması durumunda, bazı kararlarda yer aldığı üzere⁴³⁵, tam hükümsüzlük yaptırımının uygulanması suretiyle işçi tarafından ödenmesi gereken cezaî şartın geçersiz sayılmasına katılamamaktayız. İşçi bakımından sadece miktar yönünden aleyhe bir cezaî şart kararlaştırılmış olması halinde, bu yönde bir uygulamaya gidilmesi adaletsiz sonuçlar doğurabilecektir. Nitekim sözleşmede cezaî şart kararlaştırılması halinde, kanımızca her iki tarafın haklı menfaatleri arasındaki denge gözetilmelidir. TBK m.420’de yer alan yasağın amacının da işçinin, işverene karşı daha ağır şartlara tâbi olmasının engellenmesi olduğu göz ardı edilmemelidir. Aksi halde TBK m.420, her eşitsizlik durumunda işçiyi cezaî şart ödemekten kurtararak adaletsiz bir sonuca neden olabilecektir. Bu nedenle sözleşmede iki taraflı cezaî şart kararlaştırılmış olmasına rağmen gerek kapsam gerekse miktar yönünden cezaî şart bakımından karşılıklılık sağlanamıyorsa, TBK m.27/2’den yola çıkılarak genel kural olan kısmi hükümsüzlük uygulanmalıdır. Eğer ki taraf iradelerinden, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşme hükmünün tamamı kesin hükümsüz kabul edilmelidir.

Kısacası her iki taraf aleyhine de cezaî şart kararlaştırılmış olmakla birlikte, miktar yönünden işçi aleyhine bir eşitsizlik var ise iş sözleşmesinde yer alan cezaî şart hükmünün tümünden geçersiz sayılmaması daha isabetli olacaktır. Bu durumda işçi, cezaî şarttan ancak işverenin yükümlü olduğu daha az miktar kadar sorumlu tutulmalıdır⁴³⁶. Buna karşılık kapsam bakımından cezaî şart ödenmesi konusunda eşitsizlik varsa, işveren lehine olan düzenleme uygun düştüğü ölçüde işçi bakımından da uygulanmalıdır. Bununla birlikte taraf iradesinin kısmi hükümsüzlük yönünde olmadığı ya da bu yaptırımın somut olaya uygun düşmediği sözleşmeden anlaşılıyorsa,

⁴³⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, hem miktarın farklı olması hem de işçi bakımından fesih nedeni olarak muğlak bir ifadeye yer verilmesini karşılıklılık ilkesine aykırı bulmuş ve cezaî şartı geçersiz saymıştır: “...İşçinin sözleşmeyi 30 aylık süre tamamlanmadan feshettiği takdirde, davalı işverene son ücreti üzerinden çalışılmayan bakiye süre için cezaî şart ödeyeceği kararlaştırılmışken, işverenin aynı şekilde fesih yoluna gitmesi halinde sadece üç aylık ücretle sınırlı bir cezaî şart getirilerek ayrıca işçinin performans göstermemesi gibi muğlak bir düzenlemeye yer verilmiştir. Cezaî şartın muacceliyeti yönünden taraflar arasında denklik sağlanmadığı gibi, işçinin sorumluluğunun daha ağır olması nedeni ile cezaî şart geçersizdir...” Bu karar için bkz. Y.9.HD, T. 07.05.2002, E.2002/2161, K.2002/7195(Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 20.03.2017.

⁴³⁶ Aynı yönde bkz. Şahlanan, **Cezai Şart**, s.353-360; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.29.

işçi aleyhine olan cezaî şart kesin hükümsüz sayılmalıdır⁴³⁷. Yargıtay'ın bu yönde kararlarına da rastlanmaktadır⁴³⁸. Kuşkusuz sözleşmede sadece işçi aleyhine cezaî şart kararlaştırılmışsa, cezaî şart kesin hükümsüz sayılmalıdır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre özetle; kanundaki düzenleme oldukça genel ve istisnaya olanak tanımayacak nitelikte mutlak bir ifadeye sahiptir. Oysa ki iş sözleşmesinde tek taraflı cezaî şart yasağının, kimi zaman borcun niteliği buna engel oluşturacağından, her borca aykırılık halinde mutlak olarak uygulanması beklenmemelidir. Bunun yerine somut olayın şartlarının ve işin niteliğinin dikkate alındığı daha esnek bir sisteme kanunda yer verilmesi daha isabetli olacaktır⁴³⁹. Böyle bir sistem formüle edilinceye kadar, cezaî şartın sadece “cezaî şarta cezaî şart” şeklinde kararlaştırılması halinde geçerli olacağı şeklinde değerlendirme yapılmamalıdır. Bu kapsamda, özellikle rekabet yasağı ile sır saklama borcuna aykırılık halinde cezaî şartın geçerliliğinde borcun niteliğinin dikkate alınması şeklindeki yerleşik uygulamanın sürdürülmesi isabetli olacaktır.

İsviçre’de, İş Hukuku bakımından iki temel ilkenin varlığından söz edilebilecektir. Birincisi koruyucu nitelikteki hükümler, ikincisi ise fesihle eşitlik ilkesidir. İsviçre Borçlar Kanunu’nda yer alan hükümlerin çoğunluğu işçiyi koruyucu

⁴³⁷ Doktrinde aksi görüşü savunan yazara göre, işçinin cezaî şart ödeyeceği şartların veya cezaî şartın miktarının işvereninkinden fazla olması halinde, karşılıklılık ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır. Bu nedenle tam hükümsüzlük yaptırımı yönündeki Yüksek Mahkeme kararları isabetlidir. Zira bu yazara göre, kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanabilmesi için tarafların farazi iradeleri bu yönde olmalıdır. Oysaki iş sözleşmesi bakımından işçinin farazi iradesinin cezaî şartın kısmi hükümsüzlüğü yönünde olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kısmi hükümsüzlük yaptırımı değil, tam hükümsüzlük yaptırımı uygulanmalıdır. Fakat işveren aleyhine öngörülen cezaî şart bakımından aynı sonuca varılması kabul edilmemektedir. Bunun gerekçesi olarak ise İş Hukuku’nda normun korunma amacı teorisi gereği, işverenin farazi iradesinin dikkate alınmamasının gerektiği gösterilmektedir. Bu durumda yazara göre, işçi geçerli olan kısma dayalı olarak cezaî şart talep edebilmelidir. Bu görüş için bkz. Baycık, **Cezai Şart**, s.9 vd.; aynı yönde bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.884-885.

⁴³⁸ “...Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezaî şartın işveren aleyhine kararlaştırılardan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezaî şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezaî şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezaî şart hükmü tümünden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz.”. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.21.01.2010, E.2009/46225, K.2010/604, Çalışma ve Toplum, 2010/3, s.445 vd..

⁴³⁹ Bu yönde bkz. Özdemir, **Cezai Şart**, s.411; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.29. Karagöz, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart hükmü yerine bir öneri de getirmektedir. Ayrıca muhtemelen İsviçre Hukuku’ndaki OR m.335/a, 2’de yer alan kanuni düzenlemeden hareket eden yazara göre, işçi aleyhine cezaî şartın ancak haklı ekonomik ve sosyal nedenlerin bulunması halinde öngörülebileceği yönünde bir hükme kanunda yer verilmesi daha isabetli olacaktır. Bu öneri için bkz. Karagöz, s.260.

hükümlerden oluşmaktadır. Buna karşılık fesih hakkı, genel olarak eşitlik ilkesi bağlamında düzenlenmiştir. Fesihte eşitlik ilkesine örnek olarak, bildirim sürelerinin eşitliği gösterilmektedir⁴⁴⁰.

İsviçre Hukuku'nda fesih bildirim sürelerinin, sözleşmeler yoluyla kanundaki sürelerden farklı belirlenebileceği düzenlenmiştir⁴⁴¹. Fakat işçi ve işveren için farklı fesih bildirim süreleri belirlenmesi yasaklanmıştır. Aksi halde, her iki taraf için de uzun olan sürenin uygulanması yaptırım olarak öngörülmüştür⁴⁴². Bunun yanı sıra doktrinde, bildirim sürelerinin eşitliğinden yola çıkılarak, taraflardan biri aleyhine feshi ağırlaştıran tüm durumlar için de bu kuralların geçerli olduğu kabul edilmektedir⁴⁴³. İşte bu husus İsviçre Hukuku'nda “*fesihte eşitlik*” ilkesi olarak anılmaktadır.

⁴⁴⁰ İsviçre Hukuku'nda, kanunda bildirim sürelerinin eşitliğine yer verilmesinin tarihçesine baktığımızda, ilk olarak 1911 yılında farklı fesih bildirim süresi belirlenmesi yasaklanmıştır. Fakat aykırılığın yaptırımına kanunda yer verilmemiştir. 1971 revizyonunda uygun bir yaptırım getirilmiştir. Hükümün tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ZK-Staehelin, Art.335/a, OR N.7. Bildirim sürelerinin taraflar için farklı belirlenmesinin yaptırımı olarak neden her iki taraf için de uzun olan sürenin geçerli olmasının kabul edildiği tartışmalıdır. Bir gerekçe olarak Federal Mahkeme içtihadının esas alındığı gösterilmektedir. Bu gerekçe, somut uyumsuzluğa yönelik kararlara dayanmaktadır. Dolayısıyla doktrinde, bu kararların kanun hükmü haline getirilmesi ile her olay bakımından genel kural kabul edilmesi isabetli bulunmamıştır. Bu yorum için bkz. Santoro, s.76-77. 1988 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesi bölümü revizyona uğrarken, işçi lehine olmak üzere daha kısa bildirim süresi belirlenmesinin geçerli sayılmasına dair tasarı hükmü ise kabul edilmemiştir. Bu konuda ayrıca bkz. ZK-Staehelin, Art.335/a, OR N.7.

⁴⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ZK-Staehelin, Art.335/a, OR N.1; BK- Rehbinder, Stöckli, OR Art. 335/a, N.2-3; Geiser, Müller, §2, N.583-584; Santoro, s.74.

⁴⁴² Buna karşılık İsviçre Hukuku'nda, Türk Hukuku'ndan farklı olarak, OR m.335/a, 2'de işverenin ekonomik nedenle feshi haline ilişkin olarak bir istisna getirilmiştir. İsviçre kanun koyucusunun, ülkenin kendine has özelliklerini dikkate alarak, bu hükmü bilinçli olarak düzenlediği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 335/a, N.2. Ekonomik neden ortaya çıkmadan önce, yazılı veya sözlü olarak işçi için daha kısa fesih bildirim süresi kararlaştırılabilecektir. Ekonomik nedenle fesihte işçi lehine fesih bildirim süresinin eşitliği kuralından sapılması, işverenin daha çabuk istediği yapıyı kurabilmesini mümkün kılması nedeniyle işverenin lehinedir. Fakat ekonomik zorluklar, bu fıkra çerçevesinde ekonomik nedenle fesih kapsamında kabul edilmemektedir. Ekonomik neden, işverenin personel yapılanmasına ilişkin karar almasını gerektirmelidir. Yani salt işyerinin ekonomik durumunu değil, somut olarak sözleşmesi feshedilen işçiyi ilgilendiren bir durum ortaya çıkmalıdır. Örneğin işyerlerinin birleşmesi hali, işyerinde değişikliğe neden olan teknolojik ve yapısal nedenler bu kapsamdadır. Söz konusu istisna fıkrası, ILO'nun 158 sayılı Sözleşmesi'ne ve İşverenin İş Sözleşmesini Sonlandırmasına İlişkin Uluslararası Çalışma Organizasyonunun 22 Haziran 1982 tarihli genel konferansının 166 numaralı Tavsiyesi'ne dayanmaktadır. Kısa süre ile kastın ne olduğu kanunda belirtilmemiştir. Tarafların bu süreyi iradeleri ile belirleyebilecekleri ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 335/a, N.4; ZK-Staehelin, Art.335/a, OR N.10-12; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 335/a, N.7-8; Vischer, Müller, §24, N.40.

⁴⁴³ Santoro, s.74. Bazı hallerde bildirim sürelerinde eşitlik kuralının ihlali açıkça olmamakta ve gizli olarak bu kural dolanılmaktadır. Örnek olarak, iş sözleşmesinde bildirim sürelerinin eşit belirlendiği, ancak asgari sözleşme süresine ilişkin kurallar nedeniyle taraflardan birinin fesih hakkını kullanmasının

Türk Hukuku'ndan farklı olarak İsviçre Hukuku'nda, tek taraflı işçi aleyhine cezaî şart yasağına ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Bunun sonucunda OR m.335/a'daki fesih bildirim sürelerinin eşitliğine ilişkin düzenleme geniş yorumlanarak, cezaî şart bakımından da eşitlik ilkesi kabul edilmiştir. Taraflardan biri yönünden fesih hakkının kullanılmasını içerik olarak zorlaştıran ya da bu hakkı tamamen ortadan kaldıran anlaşmalar, fesihte eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Çoğu kez iş sözleşmesinde bu taraf, işçi olmaktadır. Bu hususa örnek olarak ise genellikle sadece işçi aleyhine olmak üzere, sözleşmenin belirli bir süreden önce feshine ilişkin cezaî şart kararlaştırılmış olması gösterilmektedir⁴⁴⁴. Buna karşılık işverenin, fesih hakkının kullanılması halinde sağlayacağı menfaat ile işçi için getireceği zarar birbirini karşılıyorsa, hukuka aykırılık ortaya çıkmamaktadır. Buna örnek olarak ise geri ödeme klotunda, sadece işçi yükümlülük altına giriyor gibi gözükse de esasında işveren tarafından karşılanan mesleki eğitim giderinin geri ödeniyor olması gösterilmektedir⁴⁴⁵.

İş sözleşmesinin taraflarından birinin sözleşmeyi feshetmesi hali için kararlaştırılan ya da ikisi için de kararlaştırılmasına rağmen, farklı miktarlarda cezaî şart öngören cezaî şart anlaşması, fesihte eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Bu durumda bildirim süresinin eşit olmamasının yaptırımının, cezaî şart bakımından kıyasen

engellenmesi ya da fesih hali için cezaî şart belirlenmesi nedeniyle bu hakkı kullanmasına psikolojik olarak etki edilmesi ya da belirli süreli olarak yurtdışı faaliyetinde bulunmak için yapılan iş sözleşmesinde her iki taraf için de fesih bildirim süresi üç ay olarak belirlenmesine rağmen, bu hakkın gerçekte sadece işverenin kullanabileceği yurtdışından geri çağırma haline bağlanması veya her iki taraf için de örneğin altı aylık fesih bildirim süresi belirlenmesine karşılık, işçinin bu hakkı ancak sözleşmenin ilk üç yılı dolduktan sonra kullanabileceğine dair kayıtlar verilebilir. Bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 335/a, N.3; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 335/a, N.2-3; ZK-Staehelin, Art.335/a, OR N.2; Vischer, Müller, §24, N.39, dn.55; Rehbinden, §12, N.319. Genel anlamda fesihte eşitlik ilkesinin gizli olarak ihlal edildiği hallere örnek olarak ise fesih hakkının kullanılması için yalnızca feshedenin iradesine bağlanmış bir şartın ortaya çıkması gösterilmektedir. Örnek somutlaştırılırsa bir futbol kulübünün üç yıllık sözleşme periyotlarında tek taraflı olarak ilk üç ay içinde futbolcuyu beğenmemesi halinde sözleşmesini feshedebilmesi gösterilmektedir. Benzer bir örnek için bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 335/a, N.3. Fesihte eşitlik ilkesi, üzerinde uzun zaman boyunca tartışılan bir ilke olmuştur. Bu ilkeye karşı olanların ileri sürdüğü temel gerekçe, genellikle eşitliğin birbirine denk taraflar arasında olabileceği, halbuki iş sözleşmesinin feshi bakımından bu denklikten söz etmenin kural olarak mümkün olmadığı şeklindedir. Bu ilkenin kabul edilebilirliğini savunanlar ise işveren kadar işçinin kötünietli feshinin de adalet duygusunu zedelediği, bu nedenle işçinin böyle durumlarda işverene göre daha fazla korunması gerektiği düşüncesinin anlaşılabilir olmadığı gerekçesinden hareket etmektedirler. İsviçre Hukuku'nda fesihte eşitlik ilkesine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Nordmann, s.84-85.

⁴⁴⁴ ZK-Staehelin, Art.335/a, OR N.4; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 335/a, N.4.

⁴⁴⁵ ZK-Staehelin, Art.335/a, OR N.4; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 335/a, N.4-5.

uygulanması bazı sakıncaları da beraberinde getirebilecektir. Doktrinde, her iki taraf için de daha yüksek miktardaki cezaî şartın geçerli sayılmasına yol açan bu yaptırımın, bazı durumlarda şekli eşitliğe rağmen işçiyi daha büyük bir yükümlülük altına sokabileceğine dikkat çekilmektedir⁴⁴⁶. Keza bu yaptırımın kabulü, örneğin ekonomik sıkıntıda olan işverenin de lehine olmayabilecektir. Bu nedenle doktrinde savunulan aksi görüşe göre, fesihte eşitlik ilkesinin kapsamı genişletilerek, cezaî şart bakımından da uygulanması isabetsiz bulunmaktadır. Buna karşılık OR m.20'deki kısmi hükümsüzlük yaptırımının, karşılıklı olmayan cezaî şarta uygulanması daha isabetli bir çözüm olarak sunulmaktadır⁴⁴⁷. Bu halde kısmen geçersiz sayılan bölüm, taraf iradesine en uygun şekilde yorumlanacaktır. Dolayısıyla tek taraflı cezaî şart kararlaştırılarak fesihte eşitlik ilkesine aykırı davranıldıysa, karşı taraf için de cezaî şartın uygulanması yoluna gidilmelidir. Eğer cezaî şart karşılıklı olmasına rağmen, miktarı eşit değilse, taraf iradesi dikkate alınarak, yüksek ya da düşük miktardaki cezaî şartın geçerli kabul edilmesi en uygun çözüm yolu olarak sunulmaktadır. Taraf iradelerinin yorumlanmasından, böyle bir cezaî şart anlaşmasını yapmak istemeyecekleri tespit ediliyorsa, bu anlaşmanın tamamen geçersizliğine hükmedilmelidir⁴⁴⁸.

Alman Hukuku'nda, BGB m.622/6'da işçinin iş sözleşmesini feshi için taraflarca belirlenecek bildirim süresinin, işverenin feshi için belirlenecek bildirim süresinden uzun olamayacağına yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme, Alman Borçlar Hukuku'nun Modernleştirilmesine Dair Kanun yürürlüğe girmeden önce, sadece bildirim süreleri için eşitlik ilkesi öngörmekteydi. Buna karşılık bildirim süresi dışında kalan feshe ilişkin diğer hükümler bakımından da genel bir ilke kabul edilerek, geniş yorumlanmaktaydı⁴⁴⁹. Türk Hukuku'ndan farklı olarak, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağına ilişkin TBK m.420 benzeri bir düzenleme Reform sonrasında da Alman Hukuku'nda yer almadığından, bugün için bildirim süresinde eşitliğe ilişkin düzenleme, geniş yorumlanarak cezaî şart kararlaştırılması bakımından da kıyasen

⁴⁴⁶ Santoro, s.75-76.

⁴⁴⁷ Santoro, s.77-78.

⁴⁴⁸ Santoro, s.78.

⁴⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK/Müller-Glöge, §339-345 BGB, Rn.13.

uygulanmaktadır. Dolayısıyla özellikle fesih hakkını, işçi aleyhine tek taraflı olarak sınırlayan cezaî şart anlaşmaları geçerli görülmemektedir⁴⁵⁰.

b. Feshe Bağlanan Hukuki Yaptırımlar ile Cezaî Şart İlişkisi

(1) Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması Halinde

i. Genel Olarak

Fesih serbestîsi ilkesi gereği, fesih hakkı özgürce kullanılabilir. Elbette ki bu özgürlük sınırsız değildir. Kanunda veya sözleşmelerde belirlenen sınır aşıldıktan sonra, hakkın kötüye kullanılması hali ortaya çıkabilecektir. Böyle bir feshin hukuk düzeni tarafından korumasına imkân yoktur⁴⁵¹. Bu nedenle fesih hakkı, bildirim süresi ve fesih için neden aranması gibi kanuni sınırlamalara tâbi tutulmuştur⁴⁵². Fesih hakkının kötüye kullanılması ise işverenin fesih serbestîsine yönelik olarak öngördüğü diğer bir önemli sınırlamayı oluşturmaktadır.

Türk Hukuku'nda, feshe hâkim olan ilkeler başlığı altında da değinildiği üzere, iş güvencesine tâbi olmayan işçiler bakımından belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli feshi için geçerli neden bulunması aranmamaktadır. Dolayısıyla iş güvencesine tâbi olmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesi, işçi ve işveren tarafından herhangi bir neden gösterilmeksizin feshedilebilecektir. Fakat bu serbestî, TMK m.2/1 uyarınca dürüstlük kuralına uygun kullanılmalıdır. Zira bu temel kurala aykırı olarak sözleşmenin feshedilmesi halinde, fesih hakkı kötüye kullanılmış sayılır⁴⁵³. Nitekim Yargıtay tarafından da fesih hakkının kötüye kullanılmasının tespitinde dürüstlük kuralından bir ölçüt olarak yararlanılmaktadır⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ ErfK/Müller-Glöge, §339-345 BGB, Rn.13.

⁴⁵¹ Ekonomi, **İş Hukuku**, s.186; Esener, s.231-232; Süzek, s.89-91; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.194; Centel, s.193; Kaplan, s.100. Fesih hakkının kötüye kullanılmasında dayanan subjektif ve objektif diğer ölçütler ve bu ölçütlerin değerlendirilmesi için bkz. Esener, s.235-236; Sarper Süzek, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması: İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1976, s.74 vd..

⁴⁵² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 2.Bölüm, I, D, 1, a, (2)-(3).

⁴⁵³ Oğuzman, **Fesih**, s.209; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.187; Tunçomağ, s.208; Esener, s.232; Süzek, **Fesih**, s.84; aynı yazar, s.555-556; Tunçomağ, Centel, s.208; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.194; Centel, s.193; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.462-463; Kaplan, s.100; Mehmet Nusret Bedük, "İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Beta, C.I, İstanbul 2011, s.922.

⁴⁵⁴ Y.9.HD., T.28.05.2009, E.2008/169, K.2009/14745, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 20.05.2017.

İş Kanunu m.17/6'da, iş güvencesine tâbi olmayan işçilerin iş sözleşmesinin, işveren tarafından kötünîyetle feshedilmesi hali düzenlenmektedir. Benzer bir düzenlemeye TBK m.434 ve Deniz İşK m.16'da yer verilmiş olup, Basın İşK'da ise düzenlenmemiştir. İşverenin süreli fesih hakkını kötüye kullanması halinde, fesih yine de geçerli sayılmaktadır. Bununla birlikte yaptırım olarak, uygulamada “*kötünîyet tazminatı*” olarak adlandırılan götürü bir tazminatın işçiye ödenmesi gerekmektedir⁴⁵⁵. Belirtilmelidir ki kötünîyet tazminatı talep edebilmek için sözleşmeyi fesheden tarafın davranışı nedeniyle zarar ortaya çıkması da şart değildir. Önemli olan fesih hakkını kötüye kullanma iradesinin bulunmasıdır⁴⁵⁶.

İş Kanunu m.17/6'da kötünîyet tazminatının miktarı, bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında belirlenmiştir. Fakat yürürlükteki kanunda, hangi hallerde fesih hakkının kötüye kullanılmış olduğuna açıkça yer verilmemiştir⁴⁵⁷. Bu nedenle uyuşmazlık halinde, her somut olay ayrı ayrı değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmalıdır. TBK m.434'de de benzer bir düzenleme mevcuttur. 854 sayılı Deniz İş Kanunu⁴⁵⁸'nda ise m.16 uyarınca, gemi adamının sendikaya üye olması, şikâyet hakkını kullanması hallerinde ve genel olarak fesih hakkının kötüye kullanıldığı hallerde, bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında kötünîyet tazminatı ödenmesi gerekmektedir.

İş güvencesine tâbi işçilerin sözleşmesinin usulsüz ve geçersiz feshedilmesinin hukuki sonuçları, İşK m.18 ila 21 hükümlerinde özel olarak düzenlendiğinden, ayrıca kötünîyet tazminatı talep edemezler⁴⁵⁹. Ayrıca belirtilmelidir ki mevzuatımızda sadece

⁴⁵⁵ Oğuzman, **Fesih**, s.283; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.189; Tunçomağ, s.209; Tuncay, **Birden Fazla Tazminat**, s.107; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.194; Centel, s.193; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.463-464; Kadriye Bakırcı, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötünîyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2006, s.118.

⁴⁵⁶ Süzek, **Fesih**, s.156-157; Kaplan, s.103; Bedük, s.926.

⁴⁵⁷ 1475 sayılı İş Kanunu'nda 13.maddede, “...işçinin sendikaya üye olması, şikâyet başvurusu gibi sebeplerle işinden çıkartılması hallerinde ve genel olarak iş sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlarda...” ifadesi ile örnekler sayılmıştı. 4857 sayılı İş Kanunu'nda ise madde gerekçesinde örnekler yer almaktadır: “İşveren bu durumdaki işçilerin iş sözleşmelerini fesih hakkını kötüye kullanarak, sözelimi işçi kendisi hakkında bir şikâyetle bulunduğu veya kendisi aleyhinde dava açtığı ya da şahitlik yaptığı için sona erdirmiş ise, işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında bir kötü niyet tazminatı ödeyecektir.”. Mülga Kanun döneminde kötünîyet tazminatına yol açan hallere ilişkin kanun hükmü hakkında bkz. Ekonomi, **İş Hukuku**, s.187; Tunçomağ, s.208; Esener, s.232-234; Centel, s.193; Kaplan, s.101.

⁴⁵⁸ RG.T.29.04.1967, RG.S.12586.

⁴⁵⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.559-560; A. Can Tuncay, “Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran

işverenin fesih hakkının kötüye kullanılması hali düzenlenmiştir. Fesih hakkının işçi tarafından kötüye kullanılması konusunda kanunda herhangi bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla uygulamada pek karşılaşılmasa da işveren, işçinin fesih hakkını kötüye kullandığını ispat ederse, kötüniet tazminatı talep edemeyecektir. Bu durumda işveren sadece genel hükümlere göre tazminat isteyebilecektir⁴⁶⁰.

İsviçre Hukuku'nda, 1 Ocak 1989 tarihinde yapılan revizyon ile fesih hakkının kötüye kullanılmasına (*missbrauchliche Kündigung*) ilişkin hükümler, OR m.336 ila 336/b'de düzenlenmiştir⁴⁶¹. Bu hukuk düzeninde kötünietli fesih hem işçi hem işveren bakımından mutlak emredici⁴⁶² bir hükümle düzenlenmiş ve hukuki yaptırıma bağlanmıştır⁴⁶³. Bu nedenle denilebilir ki feshe karşı koruma ilkesi, Türk Hukuku'nda sosyal devlet olmanın gereği olarak görülerek işçinin korunmasını ön plana alırken, İsviçre'de hem işçi hem işveren menfaatleri dikkate alınmıştır. Hatta İsviçre'de düzenlemeye mutlak emredici nitelik tanınarak, işçi lehine dâhi olsa bu dengenin bozulması önlenmiştir⁴⁶⁴.

2008, s.109; Bakırcı, s.120. Bu kabulün eleştirisi için bkz. Murat Engin, “İşe İade ve Uygulama Sorunları”, **İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu, 2006, s.85-86; Bedük, s.931-932. Bu kabulü, kanuni düzenlemede kötüniet ve iş güvencesi tazminatının uygulama alanının açıkça belirlenmiş olması nedeniyle, iş güvencesine tâbi işçinin işe iade davası yerine kötüniet tazminatı talep etme bakımından seçimlik hakkı olmadığı yönünden eleştiren başka bir görüş de vardır. Fakat böyle bir seçim hakkının, kanuni düzenleme ile getirilebileceği belirtilmektedir. Bu görüş için bkz. Nuri Çelik, “İş Güvencesi-Kötüniet Tazminatı İlişkisi (Karar İncelemesi)”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y.5, S.10, Güz 2006/2, s.4-5.

⁴⁶⁰ Tunçomağ, s.208; Esener, s.232; Süzek, **Fesih**, s.161; aynı yazar, s.560-561; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.463. Aksi görüş için bkz. Ekonomi, **İş Hukuku**, s.187; Centel, s.193.

⁴⁶¹ Kanunda bu yenilik yapılmadan evvel kötünietli fesih halinde, ZGB m.2/2'de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulup başvurulamayacağı tartışılmaktaydı. Buna ek olarak doktrinde, kötünietli fesih kabul edilmesi halinde ortaya çıkan sonuçlar da tartışılmaktaydı. ZGB m.2/2 uyarınca, fesih geçersiz kabul edilip, iş ilişkisinin aynen devam mı edeceği yoksa fesih geçerli kabul edilip tazminat yükümlülüğü mü ortaya çıkacağı konusunda görüş birliği yoktu. Bu konuda bkz. Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 336, N.1; ZK-Staehelin, Art.336, OR N.1; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 336, N.1.

⁴⁶² OR m.336/1'in mutlak emredici yapısına rağmen, işçi ve işveren için aleyhe bir sonuç doğurmamak şartıyla, değişiklik yapılmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre, her iki tarafın da aleyhine olmadıkça böyle bir değişikliğin geçerli kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Nitekim kanun koyucunun iki taraf için de emredici hüküm belirlemesindeki amaç, fesihte eşitlik ilkesine aykırı değişiklikleri önlemektir. Bu görüş için bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 336, N.63; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 336, N.21.

⁴⁶³ ZK-Staehelin, Art.336, OR N.4; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 336, N.4; Vischer, Müller, §24, N.75; Geiser, Müller, §2, N.625; Rebinder, §12, N.327.

⁴⁶⁴ BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 336, N.4; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 336, N.10; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 336, N.1.

İsviçre’de iş sözleşmesinin kötünietli feshedilmesi halinde, OR m.336/a uyarınca, hâkim bütün durum ve şartları değerlendirerek tazminat miktarını serbestçe belirleyecektir. Ancak bu tazminat, işçinin altı aylık ücretini geçemeyecektir⁴⁶⁵. Yani bu sistemde de Türk Hukuku’nda olduğu gibi, iş sözleşmesinin kötünietle feshi, hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bu fesih, iş sözleşmesinin sona ermesine neden olmaktadır ve fesheden taraf için sadece tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmiştir⁴⁶⁶.

Türk ve İsviçre Hukuku’nda, fesih hakkının kötüye kullanılması halinde, sözleşmenin sona ermesi sonucu sadece götürü bir tazminat ödeme yükümlülüğü öngörülmesi, kimi zaman tazminat miktarının yetersiz kalabilme ihtimaline yol açmaktadır. Şöyle ki hem fesih iradesinin kötüniet içerdiğinin ispat edilmesindeki güçlük hem de bazı hallerde feshin, tazminata nazaran oldukça ağır sonuçlara yol açabilecek nitelikte olması, tarafları başka çözümler aramaya itmektedir. Bu durumda taraflar, genellikle sözleşmede cezaî şart kararlaştırarak menfaatlerini somutlaştırmaktadır. Hal böyleyken fesih hakkının kötünietli olarak kullanılmasına ilişkin olarak sözleşmede cezaî şart kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı sorusu, hükmün hukuki niteliği de gözetilerek cevaplandırılmalıdır⁴⁶⁷.

ii. Kötüniet Tazminatı İle Cezaî Şart İlişkisi

Türk Hukuku’nda, yukarıda belirtildiği üzere, işverenin sözleşmeyi kötünietle feshetmesi halinde, bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında kötüniet tazminatı⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ Tazminatın belirlenmesinde aranan şartlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Basler Kom., OR I-Portmann, Art 336/a, N.2-5; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 336/a, N.9-16; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 336/a, N.3; Santoro, s.79. Bu şartlar ile cezaî şartın aşırılığı için dikkate alınan şartlar arasında, örneğin ihlalin ağırlığı, iş ilişkisinin devam süresi, fesih zamanı gibi, benzerlik kurulabileceği yönünde bkz. ZK-Staehelin, Art.336/a, OR N.6. Yine diğer Avrupa ülkelerinden farklı olarak İsviçre Hukuku’nda, kötünietli fesih hali dışında olağan fesih için geçerli neden aranmamasının yanı sıra feshin hukuki sonuçları bakımından değişik hükümler düzenlenmiştir. Buna göre söz konusu hukuk sisteminde, kötünietli fesih halinde sözleşme sona ermekte ve karşı tarafın tazminat talep etme hakkı devreye girmektedir. Kötünietli fesih halinde, taraflar arasındaki güven ilişkisinin zarar gördüğü ve bu şartlar altında iş ilişkisinin devamının beklenemeyeceği gerekçesiyle kötünietle feshin hukuki sonucu olarak sözleşmenin sona ermesi ve tazminat yaptırımı belirlenmiştir. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 336, N.9; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 336, N.3; ZK-Staehelin, Art.336/a, OR N.2.

⁴⁶⁶ Basler Kom., OR I-Portmann, Art 336/a, N.1; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art336/a, N.1; Vischer, Müller, §24, N.71; Nordmann, s.200-201; Geiser, Müller, §2, N.630; Rehbinder, §12, N.327.

⁴⁶⁷ Santoro, s.79.

⁴⁶⁸ Kanunda tazminat olarak nitelendirilse de bunun, zarar ortaya çıkması şartı aranmadığından tazminat değil, medeni ceza niteliğinde olduğu yönündeki görüş için bkz. Oğuzman, **Fesih**, s.282; Saymen, s.609; Süzek, **Fesih**, s.162-163; Centel, s.194.

ödenmesi hukuki yaptırım olarak belirlenmiştir (*İşK m.17/6, TBK m.434, Deniz İşK m.16*). Fakat kötüniyet tazminatı ile mevzuatta yer alan başka bir tazminatın birlikte talep edilip edilemeyeceği konusu tartışmalıdır⁴⁶⁹. Kanunda, kötüniyet tazminatının diğer tazminatlarla ilişkisi genel bir hükümle düzenlenmemiştir. Buna karşılık İsviçre Hukuku'nda kötüniyetli feshe özgü tazminat dışında, zararın tazminine yönelik talep hakkı saklı tutulmuştur. Fakat bu hukuk sisteminde de hükmün lafzının açık olmamasından dolayı çözümlenmesi gereken hususlar yok değildir⁴⁷⁰. Buna göre kötüniyetli fesih ile karşılaşan taraf, yalnızca zararın tazmini hükümlerine mi başvurabilecektir yoksa fesih hakkının kötüye kullanılmasına yönelik tazminatın yanı sıra zararın tazminine ilişkin diğer yaptırımlar da talep edebilecek midir? İsviçre Hukuku'nda bu konuya ilişkin görüşlerin ele alınması, Türk Hukuku bakımından da konuya ışık tutâbilecektir.

Bu noktada belirtilmelidir ki aşağıda yer verilecek değerlendirme, sözleşmede usulsüz feshe yönelik cezaî şart kararlaştırılmış olması halini ele almaktadır. Bununla beraber sözleşmede doğrudan kötüniyetli fesih haline ilişkin cezaî şart kararlaştırılması ihtimalinde ise kötüniyet tazminatı ile seçimlik cezaî şart aynı amaca yönelik olduklarından, birbirlerine ikame yaptırımlardır; dolayısıyla zaten bir arada istenemezler. Son durumda ya kötüniyet tazminatı talep edilecektir ya da cezaî şart ve zararın tazmini arasında seçim hakkı kullanılacaktır. Şüphesiz ifaya eklenen cezaî şart kararlaştırılması da mümkündür.

İsviçre Hukuku'nda kötüniyetle fesih halinde, işçinin altı aylık ücretini geçmemek şartıyla hâkim tarafından takdir edilecek bir tazminatın karşı tarafa ödenmesi kanunda yer almaktadır (*OR m.336/a*). Bu “tazminat”ın hukuki niteliği oldukça tartışmalıdır. Her ne kadar kanunda tazminat olarak adlandırılrsa da esasen ortada bir zararın tazmini hali dahi olmadığına dikkat çekilmektedir. Nitekim bu yaptırım, zarar ortaya çıkmasına bağlı değildir⁴⁷¹. Ancak hükmün hukuki niteliğine

⁴⁶⁹ Kötüniyet tazminatı ile diğer tazminatlar arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekonomi, **İş Hukuku**, s.189; Tunçomağ, s.209; Çelik, **Kötüniyet Tazminatı**, s.1 vd.; Tuncay, **Birden Fazla Tazminat**, s.105 vd.; Centel, s.194; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.466-468; Bedük, s.940 vd.

⁴⁷⁰ Basler Kom., OR I-Portmann, Art 336/a, N.6; Nordmann, s.225 vd..

⁴⁷¹ BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 336/a, N.2; ZK-Staehelin, Art.336/a, OR N.3; Vischer, Müller, §24, N.107; Nordmann, s.203-205.

ilişkin hem doktrin hem de yargı kararlarında mutlak bir çözüme ulaşılamamıştır⁴⁷². Bu nedenle düzenlemenin amacından hareketle çözüm bulunmaya çalışılmaktadır.

Kötüniyetle feshe ilişkin yaptırımın çifte amacı olduğu ifade edilmektedir⁴⁷³. Bir yanda para edimi öngörmesi nedeniyle cezalandırma amacı olduğu, diğer yanda ise telafi amacı olduğuna dikkat çekilmektedir⁴⁷⁴. Bu nedenle de kanun koyucu, her iki amacı dikkate alarak düzenleme getirmiştir⁴⁷⁵. Hal böyleyken bu yaptırım, kötüniyetli fesheden yönünden ceza, kötüniyetli feshe uğrayan yönünden ise telafi amaçlarına sahiptir. Dolayısıyla diğer özel hukuk yükümlülükleri ile gerçek anlamda bağdaşmadığından, “*sui generis*” bir hukuki niteliğe sahip olduğu ifade edilmektedir⁴⁷⁶. Nitekim Federal Mahkeme de doktrindeki görüşleri dikkate alarak, bu yaptırımın hem ceza hem telafi amacı olduğu sonucuna varmıştır⁴⁷⁷. Kısacası kötüniyet tazminatının amacı fesih hakkını kötüye kullanan tarafı bir yaptırımla karşı karşıya bırakmak ve kötüniyetli feshe maruz kalan tarafa, tazminat yoluyla telafi imkânı sağlamaktır. Türk Hukuku’nda da kötüniyet tazminatı benzer amaçlarla kanunda yer bulmuştur⁴⁷⁸.

Türk ve İsviçre Hukuku’nda, kötüniyet tazminatının yukarıda belirtilen çifte amacı ile cezaî şartın amaçları arasında benzerlik vardır. Zira cezaî şart da güvence amacının dışında, ceza ve/veya telafi amacı taşıyabilmektedir. Yine kötüniyet tazminatının talep edilebilmesi için zararın ispatının ve borçlunun kusurunun muacceliyet şartı olarak aranmaması nedeniyle, cezaî şart kavramı ile birbirine

⁴⁷² Doktrinde, Türk Hukuku’nda da savunulduğu gibi, bu yaptırımın ücret ya da manevi tazminat olmadığı, “*medeni ceza*” olduğu şeklinde görüş ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 336/a, N.2; ZK-Staehelin, Art.336/a, OR N.3.

⁴⁷³ ZK-Staehelin, Art.336/a, OR N.3; Santoro, s.80-81.

⁴⁷⁴ Bu yaptırımı çifte amaçlı olarak kabul etmeyen, hatta ceza işlevi ön planda olduğundan “*hukuka aykırılık cezası (Rechtsverletzungsbusse)*” şeklinde ifade edenler de vardır. Bu konuda bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 336/a, N.2. Bununla birlikte Meclis çalışmaları da ceza amacının önde tutulduğunu göstermektedir. Meclis çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Santoro, s.80. Fakat azınlıkta kalan görüş tarafından, telafi amacının da yadsınamayacağı savunulmaktadır. Bu yönde bkz. ZK-Staehelin, Art.336/a, OR N.3; Santoro, s.80-81.

⁴⁷⁵ ZK-Staehelin, Art.336/a, OR N.3; Nordmann, s.202.

⁴⁷⁶ ZK-Staehelin, Art.336/a, OR N.3; Vischer, Müller, §24, N.107; Nordmann, s.202; Santoro, s.81.

⁴⁷⁷ BGE, 123/III, s.394. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Basler Kom., OR I-Portmann, Art 336/a, N.1.

⁴⁷⁸ Madde gerekçesinde de iş güvencesi dışındaki işçilerin, kanunun koruyucu hükümlerinden yararlanamayacakları; bu nedenle kötüniyetli feshe dair düzenleme öngörüldüğü belirtilmiştir: “...İş Kanununun 18 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ondan az sayıda işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışan işçiler ile işyerindeki kıdemi altı ayın altında bulunan işçiler 18-21 inci maddelerde öngörülen koruyucu hükümlerden yararlanamayacaklardır...”

yaklaştıkları ifade edilmektedir⁴⁷⁹. Fakat bunlar dışında kötünîyet tazminatı ile cezaî şart birçok noktadan birbirinden ayrılmaktadır.

İki tazminat arasındaki farklılıkları ele alırsak, bu ihtimalde cezaî şart, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi hali için kararlaştırılmaktadır. Kötünîyet tazminatı ise iş güvencesine tâbi olmayan işçilerin iş sözleşmesinin kötünîyetle fesih hali için öngörölmüş bir yaptırımdır. İki tazminatın hukuki dayanakları da farklıdır. Cezaî şart, taraf iradelerine dayanılarak sözleşme ile kararlaştırılmaktadır. Buna karşılık kötünîyet tazminatı, kanunda düzenlenen bir tazminattır⁴⁸⁰. Bir diğer farklılık ise miktar yönünden ortaya çıkmaktadır. Türk Hukuku'nda kötünîyet tazminatı, bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında maktu olarak belirlenmiştir⁴⁸¹. Dolayısıyla bu tazminata hâkimin müdahale yetkisi yoktur. Bu bakımdan cezaî şarttan ayrılmaktadır. Zira cezaî şartın miktarı taraflarca serbestçe belirlenmekte olup, aşırı olması halinde TBK m.182/3 gereği hâkimin indirim yetkisi vardır. Başka bir farklılık olarak cezaî şart, belirsiz süreli iş sözleşmesinin kanuna aykırı feshi için ancak işçi aleyhine tek taraflı olmaması halinde kararlaştırılabilecektir. Oysaki kötünîyet tazminatı, hukukumuzda sadece işveren tarafından ödenmesi gereken bir tazminat olarak düzenlenmiştir⁴⁸².

Kötünîyet tazminatı ile cezaî şart arasında hukuki dayanak, yükümlü taraf ve miktar bakımından ortaya konulan farklılıklar sonucunda, kanaatimizce sözleşmede usulsüz feshin cezaî şarta bağlanmış olması halinde, her iki tazminatın bir arada istenmesi için bir engel olmadığı ifade edilebilecektir. Nitekim kanunda açıkça, kötünîyet tazminatı ile cezaî şartı bir arada talep etmek için bir yasak da bulunmamaktadır. Her iki hukuki yaptırımın özellikle bu ihtimalde farklı amaçlara hizmet etmesi, birlikte talep edilebilmelerine olanak sağlamaktadır⁴⁸³. Zira Türk

⁴⁷⁹ ZK-Staehelin, Art.336/a, OR N.4; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 336/a, N.3; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 336/a, N.1; Nordmann, s.206. Ayrıca bkz. benzer yönde bkz. ZK-Staehelin, Art.336/a, OR N.3.

⁴⁸⁰ Nordmann, s.206; Bedük, s.949.

⁴⁸¹ Bedük, s.950.

⁴⁸² Bedük, s.950.

⁴⁸³ Aynı yönde bir görüşe göre cezaî şart, kanunda öngörölen ihbar tazminatı, kötünîyet tazminatı, sendikal tazminat, iş güvencesi tazminatı ile kıdem tazminatı yerine ikame bir tazminat olmayıp, zarar şartına bağlı olmaksızın sadece sözleşmeye aykırılığın mevcut olması halinde ek olarak talep edilmesi mümkün bir tazminattır. Bkz. Mollamahmutoglu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.256.

Hukuku'nda, İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak, kötüniyet tazminatını düzenleyen hüküm mutlak emredici niteliğe sahip değildir. Aksine nispi nitelikte bir hükümdür. Dolayısıyla kötüniyet tazminatının, sözleşme ihlalinin ağırlığına göre miktar olarak yetersiz bulunması ihtimalinde, cezaî şart kararlaştırılması işçi bakımından yararlı bile olabilecektir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi hali için kararlaştırılan cezaî şartın, seçimlik cezaî şart olduğudur. Kötüniyet tazminatı, sözleşmenin feshine değil, kötüniyetli feshine ilişkin götürü bir tazminat olduğundan, cezaî şart ile birbirlerine alternatif edimler değildirler. Dolayısıyla her iki tazminatın birlikte talep edilmesi, seçimlik cezaî şart hükmüne de aykırılık oluşturmaz. Nitekim cezaî şartın alternatifi, sözleşmeden doğan borcun ifa edilmesi olup, kötüniyetli fesih halinde bunun yerini zararın tazmini hükümleri almaktadır. Bu nedenle işçi kötüniyet tazminatının yanı sıra, ya zararın tazminini ya da cezaî şartı talep edebilecektir.

Türk Hukuku'ndan farklı olarak, İsviçre Hukuku'nda ise sözleşmeyi fesih hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin OR m.336/a'daki düzenleme, tüm fıkraları ile mutlak emredici hükümler arasında sayılmaktadır (OR m.361). Yani kötüniyetli fesih halinde, kanunda yer alan hukuki yaptırımdan farklı bir düzenleme getirilmesi yolu kapatılmıştır⁴⁸⁴. Dolayısıyla Kanun, kötüniyetli fesih halinde azami sınırı belirlenmiş bir götürü tazminat hakkı sunmaktadır. Böylelikle her iki tarafın menfaati de dikkate alınmıştır. Zira hem muhtemel bir kötüniyetli feshe karşı koruma sağlanması hem de borca aykırılığın hukuki sonuçlarının işçi ücretinin belirli kısmını aşmaması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla kanundaki madde düzenlenirken, bu iki koruma alanından birinin genişletilmesinin, diğerini olumsuz etkileyeceği gözetilmiştir⁴⁸⁵. Kanun koyucu bu amaçla, kötüniyetli feshe ilişkin düzenlemeyi mutlak emredici olarak düzenlemiştir. Hükümün mutlak emredici niteliği dikkate alındığında, kötüniyetli fesih haline yönelik cezaî şart kararlaştırılması da mümkün değildir⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ Rehbinden, **Berner Kommentar, Obligationenrecht**, Band 6/2, Der Arbeitsvertrag (Art 331-355), Bern 1992, OR Art. 336/a, N.7.

⁴⁸⁵ Bu yorum için bkz. Santoro, s.84.

⁴⁸⁶ Santoro, s.84.

İsviçre’de mutlak emredici hükmü ele alan Federal Mahkeme’ye göre ise kötüniyetli fesih halinde tazminatın yanı sıra, zararın tazminine yönelik başka bir hukuki dayanağa sahip olan hükümler saklı tutulmalıdır. Nitekim kanunda da diğer tazminatların saklı tutulduğu yer almaktadır⁴⁸⁷. Bir görüşe göre, mutlak emredici düzenleme ile yalnızca kötüniyet tazminatı ile birlikte “*aynı hukuki sebebe*” dayanan tazminat hükümlerine başvurulamayacağına dikkat çekmek amaçlanmıştır⁴⁸⁸. Burada belirtilmek istenen husus, bu talebin “*farklı bir hükme*” dayanması halinde geçerli olacağı değildir. Şöyle ki talebin “*farklı bir hukuki sebebe*” dayanması halinde, kötüniyet tazminatı ile birlikte başka bir tazminatın istenmesi mümkündür⁴⁸⁹. Örneğin kötüniyet tazminatı ile birlikte, farklı hukuki sebebe dayandığı için manevi tazminat talep edilebilecektir. Fakat bu görüşe göre, kötüniyet tazminatı ile birlikte farklı bir hukuki sebebe dayanmadığından, cezaî şart talep edilemeyecektir⁴⁹⁰.

Kötüniyet tazminatının yanı sıra cezaî şart kararlaştırılmasının geçerliliği bakımından ele alınması gereken son bir husus ise “*karşılıklılık ilkesidir*”. TBK m.420 gereği iş sözleşmesinde, sadece işçi aleyhine konulan cezaî şart geçersizdir. 4857 sayılı İş Kanunu’nda kötüniyetli fesih, İsviçre Hukuku’ndan farklı olarak, sadece işverenin feshi bakımından tazminat yaptırımına bağlanmıştır. Tarafların kötüniyet tazminatı dışında, işçi lehine tek taraflı olarak cezaî şart ödenmesini kararlaştırmaları, TBK m.420’ye bir aykırılık oluşturmayacaktır. Fakat uygulamada karşılaşma ihtimali oldukça az olsa da işçinin sözleşmeyi kötüniyetli olarak feshetmesine yönelik cezaî

⁴⁸⁷ Federal Mahkeme’nin kararı için bkz. BGE, 123/III, s.394. Ayrıca Federal Mahkeme’nin son içtihadı ile aynı yönde doktrin görüşü için bkz. ZK-Staehelin, Art.336/a, OR N.8; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 336/a, N.18; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 336/a, N.6; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art.336/a, N.8; Vischer, Müller, §24, N.109; Santoro, s.82. Aksi yöndeki Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE, 119/II, 160.

⁴⁸⁸ Basler Kom., OR I-Portmann, Art 336/a, N.8; Santoro, s.82.

⁴⁸⁹ BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 336/a, N.18; Vischer, Müller, §24, N.109; Nordmann, s.227. Türk Hukuku’nda iş güvencesi tazminatı ile maddi tazminat talebi bakımından aynı yönde bkz. Gülsevil Alpagut, “İşletme Gereklere İle Fesih Kavramı ve Hukuki Sonuçları”, **III. Çalışma Yaşamı Kongresi, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları ve İş Mevzuatı**, Ankara, Ziraat Grup Matbaası, Ankara 2010, s.133.

⁴⁹⁰ Farklı hukuki sebebe dayalı manevi tazminat talebine örnek olarak iş ilişkisinden bağımsız konularda, sözleşmesi kötüniyetli olarak feshedilen tarafı karalayıcı davranış içine girme ya da bu davranışın ağırlığı sonucu ortaya çıkan kişilik hakkı ihlali verilmektedir. Manevi tazminata sebebiyet verebilen bu gibi haller mevcut ise altı aylık ücret tutarında kötüniyet tazminatı miktar yönünden yetersiz kalabilecektir. Bu nedenle örnekteki gibi istisnai hallerde, cezaî şartın türüne bağlı olarak her iki tazminatın talep konusu yapılabileceği ifade edilmektedir. Bu örnekler için bkz. ZK-Staehelin, Art.336/a, OR N.8; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 336/a, N.18-19; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 336/a, N.8; Vischer, Müller, §24, N.110; Nordmann, s.229.

şart kararlaştırılmasının geçerliliği de soru işareti yaratmaktadır⁴⁹¹. Kanunda aksine bir hukuki düzenleme olmamasından yola çıkılarak, işçinin sözleşmeyi kötünietli feshetmesine ilişkin cezaî şart kararlaştırılmasının geçerliliğinin, tek taraflı olarak işçi aleyhine olmamasına bağlı olduğu ifade edilebilir.

Kötüniet tazminatı ile cezaî şart arasındaki ilişkiye, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2005 tarihinde verdiği bir karardaki karşı oy yazısında da isabet taşıyan ifadelerle açıkça değinilmiştir: “...İşverenin iş ahdini haksız ve kanuna aykırı feshetmesi halinde yasanın belirlediği bildirim-kötüniet, kıdem ve sendikal tazminatlar cezaî şarttan farklı kavramlardır. Cezaî şart bu tazminatlar yerine geçen ve onlarla aynı mahiyette kabul edilebilecek nitelikte değildir. Bu ödeme fesih nedeniyle uğranılan zarar koşulu aranmaksızın, sözleşmeye aykırılığın belirlenmesi halinde talep edilir ve yapılır. Yine bu ödemenin iş güvencesi yerine geçtiği de kabul edilemez. Cezaî şart alacağı kötüniet tazminatı yerine ikame edilebilecek bir nitelik taşımamaktadır...”⁴⁹². Görüldüğü üzere karşı oy yazısında da kanundaki tazminatlar ile cezaî şart arasındaki ilişki, hukuki niteliklerinin tespiti ve birbirlerinin alternatifi olup olmadıkları yönünden ele alınarak bir sonuca varılmaktadır.

Özetle, Türk Hukuku'nda işverenin, iş güvencesine tâbi olmayan işçinin sözleşmesini kötünietli olarak feshetmesi halinde, kötüniet tazminatı ile birlikte işçi lehine cezaî şart kararlaştırılmasına engel bir düzenleme yoktur. Nitekim her iki kurum, bazı yönlerden birbirine benzese de esasen hukuki dayanak, miktar ve taraflar yönünden birbirinden ayrılmaktadır. Bu nedenle seçimlik cezaî şart düzenlemesine aykırılık oluşturmada, birlikte ödenmesi talep edilebilecektir. Ayrıca İşK m.17/6, nispi emredici niteliği haiz bir hükümdür. Fakat sözleşmede doğrudan kötünietli fesih için cezaî şart kararlaştırılmış olması ihtimalinde, aksi kararlaştırılmadıkça alacaklı ya cezaî şartı ya da kötüniet tazminatını talep edebilir; çünkü bu ihtimalde iki yaptırım

⁴⁹¹ Süzek, **Fesih**, s.154-156; aynı yazar, s.560-561; Bedük, s.954-956.

⁴⁹² Buna karşılık Yüksek Mahkeme tarafından, “...Dosya içeriğine göre, davacı 4857 sayılı yasa ile getirilen iş güvencesi kapsamında kalmaktadır. 4857 sayılı yasanın belirtilen düzenlemesi karşısında, daha önce imzalanan TİS hükmündeki cezaî şart niteliğindeki istek konusu tazminatın, iş güvencesi kapsamına giren davacı açısından, önemi kalmamıştır. Feshin geçersizliği ve işe iade istemi süresinde ileri sürülmediği ve istenmediği takdirde, fesih geçerli hale gelecektir. Bu durumda geçersizlik şartlarına bağlı TİS hükmündeki tazminat istenmeyecektir. Anılan tazminatın reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru değildir...” şeklinde karara varılmıştır. Bu karar ve karşı oy yazısı için bkz. Y.9.HD., T.14.11.2005, E. 2005/32044 K. 2005/35837, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 20.03.2018.

aynı amaca yöneliktir. Dolayısıyla taraflarca işçi lehine düzenleme yapılması mümkündür. Buna karşılık İsviçre Hukuku'nda ise iş sözleşmesinin her iki taraf bakımından kötünietli olarak feshine ilişkin hüküm, OR m.361'de kategori halinde yer alan mutlak emredici hükümler arasında sayılmaktadır. Yani kötünietli fesih halinde, kanunda yer alan hukuki sonuçtan farklı bir düzenleme getirilmesi yolu kapatılmıştır. Dolayısıyla İsviçre Hukuku'nda cezaî şart kararlaştırılması hâkim görüş tarafından mümkün görülmemektedir. Bununla birlikte “*farklı bir hukuki sebebe*” dayanan tazminat talep hakkı saklı tutulmuştur⁴⁹³.

(2) Haklı Nedenle Fesih Halinde

İş sözleşmesi, sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Taraflarından biri için iş ilişkinin devamının çekilmez olması, başka bir deyişle karşılıklı güven temelinin tamamen çökmesi halinde kendisinden bu ilişkiye devam etmesi beklenemez. Dolayısıyla taraflara, kanunda haklı neden olarak sayılı hallerde, belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesini fesih bildirim süreleri beklenmeksizin “*ex nunc*” olarak derhal sona erdirmeye imkânı tanınmıştır⁴⁹⁴. Böylelikle dürüstlük kuralı dikkate alınarak, iş ilişkisine devam etmesi kendisinden beklenemeyecek tarafa, sözleşmeden bir an önce kurtulma olanağı sağlanmıştır⁴⁹⁵.

Haklı nedenle fesih hakkının hukuki dayanağını oluşturan TBK m.435/2 (OR m.337/2) uyarınca, sözleşmeyi fesheden tarafından, dürüstlük kuralına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve şartlar haklı sebep sayılır⁴⁹⁶. Yine

⁴⁹³ ZK-Staehelin, Art.336/a, OR N.9; Nordmann, s.224-225; Santoro, s.83.

⁴⁹⁴ ZK-Staehelin, Art.337, OR N.1; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337, N.1; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 337, N.1; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 337, N.2; Vischer, Müller, §24, N.147; Nordmann, s.230; Geiser, Müller, §2, N.601; Rebinder, §12, N.352; Elbir, s.91-92; Oğuzman, **Fesih**, s.36-37, 39; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.194; Saymen, s.570; Tunçomağ, s.211; Esener, s.237; Süzek, s.700; Centel, s.173-174; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.575; Tunçomağ, Centel, s.220 vd.; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.240 vd.; Kaplan, s.125; Gülver, s.1001; Esra Baskan, “Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasına İlişkin Türk Borçlar Kanunun Getirdiği Yeni Düzenlemeler ve İş Kanununa Etkisi”, **Legal İSGHD**, C. 9, S. 35, İstanbul 2013, s.105 vd..

⁴⁹⁵ Elbir, s.91; Oğuzman, **Fesih**, s.37; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.194; Esener, s.237; Süzek, s.700; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.575; Kaplan, s.125; Seda Arslan, **İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı**, İstanbul, On İki Levha, 2012, s.6 vd.

⁴⁹⁶ Haklı sebep kavramına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, **Fesih**, s.47 vd.; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.197 vd.; Esener, s.238 vd.; Süzek, s.700 vd.; Centel, s.174; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.574 vd.; Kaplan, s.127 vd.; Arslan, s.23 vd.; İsviçre Hukuku için bkz. ZK-Staehelin, Art.337, OR N.2-3; BK-

İş Kanunu'nda hangi hallerin haklı neden oluşturduğu, işçi ve işveren açısından m.24 ve m.25'de sınırlı sayıda olmamak üzere bentler halinde yer almaktadır. Nitekim madde kenar başlığında da bu duruma, “ve benzerleri” şeklinde bir ifade kullanılması yoluyla dikkat çekilmiştir. Bu nedenle İşK m.24 ve m.25'de bentler halinde sayılan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere benzeyen diğer haller de işçi veya işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı tanımaktadır⁴⁹⁷. Hâkim hangi hallerde haklı nedenin ortaya çıktığını, TMK m.4 uyarınca somut olayın özelliklerini dikkate alarak takdir edecektir⁴⁹⁸. Ayrıca 854 sayılı Deniz İş Kanunu m.14, 5953 sayılı Basın İş Kanunu⁴⁹⁹ m.11-12'de iş sözleşmesini derhal sona erdirmeye yönelik haklı nedenler özel olarak belirlenmiştir.

İsviçre Hukuku'nda ise kanun koyucu hangi hallerin haklı neden oluşturacağını ve hangilerinin oluşturmayacağını OR m.337 ve devam maddelerinde genel ifadelerle düzenlemiştir. Bu hukuk sisteminde, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi, taraflardan hangisinin fesihten sorumlu olduğu dikkate alınarak farklı hukuki sonuçlara bağlanmıştır.

Haklı nedenle feshe bağlanan bu hukuki sonuçların ve düzenlemenin hukuki niteliğinin incelenmesi, haklı nedenle feshe yönelik cezaî şart kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı sorununa çözüm bulunmasına yardımcı olacaktır⁵⁰⁰.

i. Haklı Nedenle Fesheden Taraf Aleyhine Cezaî Şartın Geçerliliği

İş ilişkisine devam etmesi kendisinden beklenemeyecek tarafa, dürüstlük kuralı gereği sözleşmeden bir an önce kurtulma olanağı tanınması amacıyla, fesih bildirim süresi beklenmeksizin haklı nedenle fesih imkânı tanınmıştır. Türk Hukuku'nda iş

Rehbinder, Stöckli, OR Art 337, N.1; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 337, N.1-2; Rehbinder, §12, N.353.

⁴⁹⁷ Süzek, s.703. Mülga Kanun döneminde aynı görüş için bkz. Elbir, s.91; Oğuzman, **Fesih**, s.43-44; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.196; Tunçomağ, s.212; Esener, s.238; Centel, s.174; Kaplan, s.127.

⁴⁹⁸ Elbir, s.91; Oğuzman, **Fesih**, s.44; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.197; Gülver, s.1004-1005. OR m.337/3'de haklı nedenin ortaya çıkıp çıkmadığının hâkim tarafından takdir edileceği açıkça yer almaktadır. Bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337, N.1-2.

⁴⁹⁹ RG.T.20.06.1952, RG.S.8140.

⁵⁰⁰ Alman Hukuku'nda ise BGB m.626'de öngörülen haklı fesih hakkının, cezaî şart kararlaştırılarak sınırlandırılması hiçbir şekilde kabul edilmemektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK/Müller-Glöße, §339-345 BGB, Rn.13.

sözleşmesinin feshine ilişkin hükümlerin çoğunluğu nispi emredici niteliğe sahip olup, ancak bir kısmı mutlak emredicidir. İş Kanunu'ndaki haklı nedenle fesih hükümleri nispi emredici niteliği haizken⁵⁰¹; İsviçre'de haklı nedenle feshi düzenleyen hüküm, mutlak emredici hükümler kategorisi içinde sayılmaktadır (OR m.361)⁵⁰²

Türk Hukuku'nda, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak mutlak ve nispi emredici olarak hükümleri kategorileştiren genel bir düzenleme mevcut değildir. Kanaatimizce bu hükümlerin, mehz Kanun'dan TBK'ya alınmamış olması da isabetlidir; çünkü en baştan kanun yolu ile böyle bir kategorileşmeye gidilmesi hem gereksizdir hem de hukuk sistemimiz bakımından alışılacelmiş bir uygulama değildir. Şüphesiz hükmün lafzı ya da lafzından bir sonuç elde edilememesi halinde yorum tekniklerinin kullanılması veya uygulama ihtiyaçlarının gözetilmesi ile düzenlemenin mutlak veya nispi emredici olup olmadığı sorunu çözümlenebilecektir. Belirtilmelidir ki mehz Kanun'daki kategoriye TBK'da yer verilmemiş olmasına rağmen, bazı durumlarda dikkate alınması gerektiğini savunan aksi görüş de vardır⁵⁰³.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlerin mutlak ve nispi emrediciliğini belirleyen kategorilerin, TBK bakımından dikkate alınamayacağı kabul edildiğinde, haklı nedenle feshine dair kararlaştırılan cezaî şartın geçerliliği, temel ilkeler yoluyla ele alınmalıdır. Bu noktada karşımıza ilk olarak fesih özgürlüğü ve bunun sınırları çıkmaktadır. Kuşkusuz haklı nedenle fesih hakkının cezaî şarta bağlanması, fesih özgürlüğünün sınırlandırılması anlamı taşımaktadır.

Haklı nedenle fesih hakkı, tarafların kişilik haklarının korunmasına hizmet etmektedir. Haklı neden ortaya çıktıktan sonra fesih yoluna başvurup başvurmamak ise tarafların takdirindedir. Yoksa haklı neden ortaya çıktığı anda, sözleşme doğrudan sona ermez. Haklı nedenle sözleşmeyi feshetmek isteyen taraf, bu yöndeki iradesini açıklamalıdır⁵⁰⁴. Fakat kanunda sayılı haklı nedenler, hakkın doğumundan önce sözleşmelerle tamamen ortadan kaldırılamayacak, ağırlaştırılamayacak veya bu haktan

⁵⁰¹ Ekonomi, **İş Hukuku**, s.223; Esener, s.237-238.

⁵⁰² Oser, Schöenberger, Art 352, N.38; ZK-Staehelin, Art.337, OR N.43; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337, N.20; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 337, N.1; Vischer, Müller, §24, N.147-149.

⁵⁰³ Bu görüşteki yazar, esasen TBK m.439 bakımından konuyu ele almakta olup, mehz Kanun'da açık bir biçimde mutlak emredici kabul edilen düzenlemenin, Türk Hukuku bakımından aksini iddia etmek için ileri sürülebilecek gerekçe bulmanın güçlüğünden yola çıkmaktadır. Bu değerlendirme için bkz. Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.32.

⁵⁰⁴ Saymen, s.569-570; Oğuzman, **Fesih**, s.36; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.194; Tunçomağ, s.227; Esener, s.237; Centel, s.174-175; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.574-575.

feragat edilemeyecektir. Bu nedenle hem işçi hem işveren bakımından haklı nedenle fesih hakkını ortadan kaldıran veya aşırı sınırlandıran, kısacası hakkın özüne dokunan değişiklikler yapmak geçerli değildir⁵⁰⁵. Haklı nedenler, sadece işçi lehine olmak şartıyla ve hakkın özüne dokunmadan, sözleşmelerle değiştirilebilecektir. Buna bağlı olarak işçinin haklı nedenle fesih hakkının cezaî şarta bağlanması kanımızca da isabetli olarak mümkün görülmemektedir⁵⁰⁶. Zira işçi bakımından, sözleşme özgürlüğünün yanı sıra işverene kişisel ve ekonomik bağlılığının da dikkate alınması ile bu sonuca varılabilecektir.

İşverenin haklı nedenle fesih hakkının özüne dokunmamak şartıyla, iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde haklı sebepleri açıklayıcı hükümlere yer verilmesi mümkündür. Yine haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasının, toplu iş sözleşmesinde öngörülen disiplin kurulu kararının varlığına bağlanması da kural olarak geçerli sayılmaktadır⁵⁰⁷. Fakat işverenin kendisine tanınan haklı nedenle fesih hakkını kullanmasının cezaî şarta bağlanması, fesih hakkını oldukça sınırladığından ve hakkın özüne dokunduğundan geçersizdir⁵⁰⁸. Aksi kabul halinde iş ilişkisinin devamı kendisi için çekilmez hale gelen işveren, Demokles'in kılıcı gibi tepesinde duran cezaî şart nedeniyle sözleşmeyi ifa etme baskısı altında kalacaktır.

İsviçre’de ise kanun koyucu, hükmün temelinde tarafların kişilik haklarının da yer aldığını dikkate alarak, haklı feshin sonuçlarını düzenlemiştir. Dolayısıyla kanunda haklı nedenle feshin hukuki sonuçlarına ilişkin olarak, genel sorumluluk hükümlerinden kısmen farklı düzenlemeler öngörülmüştür⁵⁰⁹. İş sözleşmesinin haklı

⁵⁰⁵ Oğuzman, **Fesih**, s.38-39; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.194 vd., s.224-225; Tunçomağ, s.229-230; Esener, s.238; Süzek, s.746-747; aynı yazar, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.80; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.607-608.

⁵⁰⁶ Belirsiz süreli iş sözleşmesinde, işverenin sadece haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshedebileceği, aksi halde cezaî şart ödeyeceği şeklindeki bir düzenlemeyi de geçersiz sayan görüş mevcuttur. Bu görüşe göre, bu hüküm işverenin makul ve meşru fesih nedeni olmasına rağmen süreli fesih hakkını kullanmasını engellemektedir. Bu itibarla süreli fesih hakkının özüne dokunmaktadır. Bkz. Süzek, s.727.

⁵⁰⁷ ZK-Staehelin, Art.337, OR N.43; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337, N.20; Vischer, Müller, §24, N.147-149; Rebinder, §12, N.352; Oğuzman, **Fesih**, s.39; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.223 vd.; Tunçomağ, s.230; Esener, s.238; Süzek, s.747-749 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.609-611; Kaplan, s.177; Erdem Özdemir, “İşverenin Fesih Hakkının Disiplin Kuruluna Başvurma Zorunluluğu İle Sınırlandırılması”, **Tühis**, Ağustos 1998, s.8 vd..Y.9.HD., T.29.06.2009, E.2008/36286, K.2009/18338, Fevzi Şahlanan, “Disiplin Kurulu Kararı Olmamasının Yapılan Feshi Geçersiz Hale Getirmeyeceği”, **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s.297-301.

⁵⁰⁸ Ekmekçi, **Değerlendirme** 1999, s.65; Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.92; Keser, s.28.

⁵⁰⁹ Santoro, s.85.

nedenle feshinde, taraflardan birine (*fesih kendisine karşı gerçekleşen tarafa*) münhasıran sorumluluk yüklenebiliyorsa, OR m.337/b, 1 devreye girecektir. Bu maddeye göre, sözleşmenin bir tarafı borca aykırı davranışı dolayısıyla haklı nedenle feshe yol açmışsa, iş ilişkisinden doğan bütün talepler gözetilerek, zararın tazmini ile yükümlü olacaktır.

Sözleşmenin haklı nedenle feshine bağlanan hukuki sonuç, OR m.361'deki mutlak emredici hükümler kategorisinde sayılmıştır. Bu husus, sözleşmeyi fesheden işçi de olsa işveren de olsa geçerlidir. Anlaşılacağı üzere zararın tazminine ilişkin genel hükümlerde olduğu gibi, OR m.337, b, 1'de de kusurun varlığı temel alınmıştır. Şöyle ki sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmeye aykırı davranışı haklı neden oluşturuyorsa, tüm zararın tazmini ile bu kişi yükümlü olacaktır⁵¹⁰. Bu emredici hükmün mefhûm-ı muhâlifinden ve fesih özgürlüğü ilkesinin dikkate alınmasından çıkan sonuç ise sözleşmeyi haklı nedene dayanarak fesheden tarafa herhangi bir yükümlülük öngörülemezdir. Nitekim sorumluluk, haklı nedenle feshe kendi davranışı ile yol açan tarafa yüklenmiştir⁵¹¹.

ii. Haklı Nedenle Feshe Yol Açan Taraf Aleyhine Cezaî Şartın Geçerliliği

Türk Hukuku'nda haklı nedenle fesih hakkını kullanan taraf aleyhine cezaî şart kararlaştırılması, yukarıda açıklandığı üzere fesih özgürlüğü gerekçesiyle, kanaatimizce de isabetli olarak kabul görmemektedir. Buna karşılık iş sözleşmesinin haklı feshine muhatap olan taraf bakımından konu genellikle ele alınmamaktadır.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda konunun iki boyutu da doktrinde tartışılmaktadır. Buna göre, haklı nedenle fesih halinde kusurun kimde bulunduğuna göre ayırım yapılarak, cezaî şartın geçerliliği konusu ele alınmaktadır. Sözleşmeyi haklı nedenle fesheden tarafın, fesih nedeninin ortaya çıkmasında kusuru bulunan taraftan cezaî şart talep etmek istemesindeki menfaat kolayca anlaşılabilir. Zira sözleşmede haklı nedenle feshe kusuru ile neden olan aleyhine cezaî şart

⁵¹⁰ Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 337/b, N.3; ZK-Staehelin, Art.337/b, OR N.4; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/b, N.1; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 337/b, N.1; Vischer, Müller, §24, N.171.

⁵¹¹ Santoro, s.85.

kararlaştırılmasının, sözleşmeye aykırı davranışta bulunmaktan caydırıcı etkisi vardır. Yine bu halde cezaî şartın, ispat şartı aranmaksızın, ortaya çıkacak zararı telafi işlevi de yadsınamaz⁵¹². Fakat OR m.337/b, 1’deki haklı nedenle feshin hukuki sonuçlarının aksinin kararlaştırılması ve cezaî şarta bağlanması, hükmün mutlak emredici niteliğı dolayısıyla mümkün değildir⁵¹³. Bu nedenle taraflardan biri haklı nedenle feshe yol açmışsa, zararın tazmin edilmesi yerine, sadece cezaî şart ödenmesi kararlaştıramayacaktır. Bunun yanı sıra zararın tazmini ile birlikte cezaî şart ödeneceğinin kararlaştırılması da mümkün değildir⁵¹⁴.

Türk Hukuku bakımından da kanaatimizce haklı nedenle feshe muhatap olan aleyhine cezaî şartın geçerliliğı değerlendirilirken, temel alınacak ölçüt İsviçre Hukuku’nda olduğı gibi “kusur” ölçütü olmalıdır. Nitekim bu ölçüt, taraf menfaatlerinin gözetilmesinde yararlı olmaktadır. Belirtilmelidir ki bu konuda, fesih özgürlüğü ilkesinden hareket edilmesine gerek yoktur; çünkü cezaî şart fesih hakkını kullanan taraf aleyhine değıl, feshe muhatap olan taraf aleyhine kararlaştırılmaktadır. Elbette iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden taraf, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı nedeniyle ile bu feshe muhatap olan taraftan uğradığı zararın tazminini genel hükümlere göre talep edebilecektir. Sorun oluşturan husus ise feshe muhatap olan taraftan, cezaî şart talep edilmesinin mümkün olup olmadığıdır⁵¹⁵.

Haklı nedenle feshe muhatap olan taraf, bu nedenin ortaya çıkmasında kusurlu ise cezaî şart ödemesi de geçerli kabul edilmelidir⁵¹⁶. İş Kanunu hükümleri bağlamında m.24/2 ve m.25/2’de yer alan “*ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*” bakımından, genellikle haklı nedenle feshe neden olan işçi veya işveren

⁵¹² Santoro, s.87-88.

⁵¹³ ZK-Staehelin, Art.337/b, OR N.12; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/b, N.6; Santoro, s.85.

⁵¹⁴ Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 337/b, N.9; ZK-Staehelin, Art.337/b, OR N.12; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/b, N.6; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 337/b, N.2.

⁵¹⁵ Ekonomi, **İş Hukuku**, s.215-216; Saymen, s.610; Tunçomağ, s.231; Centel, s.195.

⁵¹⁶ Yargıtay’ın bir kararına konu olan uyuşmazlıkta, işçi ücretinin ödenmemesi nedeniyle haklı nedenle fesih yoluna gitmiş ve işverenden sözleşmede kararlaştırılan cezaî şartın ödenmesini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme ise feshe muhatap olan tarafa yönelik kararlaştırılan cezaî şartın geçerliliğı bakımından konuyu ele almamıştır. Sözleşme hükmünü dar yorumlayarak bir karara varmıştır. Buna göre “...Taraflar arasındaki sözleşme işverene ücretin düşürölmesi halinde işçiye tazminat talebine bulunma imkanı tanımakta olup, işçiye ücret ödenmemesi halinde cezaî şart ödenmesini öngören herhangi bir düzenleme yoktur. Ücret azaltılması ve ödenmemesi aynı nitelikte sonuç doğuran işlemler olmayıp, Mahkemece eksik ödeme ile ücretin düşürölmesinin aynı nitelikte olduğunun kabulü yerinde olmamıştır...”. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.25.09.2013, E. 2011/27321, K. 2013/23957, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 28.10.2018.

kusurlu durumdadır. Bu nedenle sözleşmede kararlaştırılan cezaî şart, TBK m.420'deki işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağına da uygun düzenlenmişse geçerli olacaktır. Burada karşımıza çıkan cezaî şart, aksi kararlaştırılmadıkça TBK m.179/1 uyarınca seçimlik cezaî şarttır. Nitekim borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hali söz konusudur. Dolayısıyla borcun ifasının yerini alan zararın tazmini ile cezaî şart arasından seçim yapılacaktır.

Bu noktada İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan ilginç bir düzenleme daha incelenmeye değerdir. Bu düzenleme, OR m.337/b'nin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, iş sözleşmesinin derhal feshinde tek tarafın sorumluluğunun bulunmasının dışındaki hallerde, hâkimin somut olaydaki tüm şartları dikkate alarak, hukuki sonucu takdir etmesi gerekmektedir⁵¹⁷. Bu haller karşımıza örneğin, sözleşmeye aykırı davranış bakımından her iki tarafın da kusurlu olması veya her iki tarafın da kusurunun bulunmaması olarak çıkabilecektir.

Anlaşılabacağı üzere İsviçre Hukuku'nda haklı nedenle feshin hukuki sonuçları, kusurun hangi tarafta bulunduğu ya da başka bir deyişle kusurun varlığına göre esasen iki ayrı fıkra düzenlenmiştir. Fakat kusurun sözleşme taraflarından birinde bulunmasını düzenleyen OR m.337/b, 1'in aksine, sorumluluğun her iki tarafta bulunması ya da iki tarafta da bulunmamasına ilişkin OR m.337/b, 2 bakımından konu oldukça tartışmalıdır. Zira ikinci fıkra düzenlenen hukuki sonuç, mutlak emredici hükümler kategorisi içinde sayılmamıştır. Doktrinde ve uygulamada bu fıkra bakımından farklı düzenleme yapılmasına imkân olup olmadığı konusunda henüz görüş birliğine de varılamamıştır. Buna rağmen farklı gerekçelerle, genellikle hükmün mutlak emredici niteliğe sahip olduğu kabul edilmektedir⁵¹⁸. İsviçre Hukuku'nda iş

⁵¹⁷ Buna göre örneğin, her iki tarafın da sorumluluğu yoksa hâkim, zararı kural olarak taraflar arasında eşit bölüştürecektir. Bu çerçevede taraflar, kendi kişiliği veya kendi faaliyet alanında haklı neden ortaya çıkmışsa ya da sözleşmenin sona ermesinde menfaati varsa, zararın daha fazla bölümünden sorumlu olacaktır. Her iki tarafın da sorumluluğunun olmadığı hale örnek olarak şüphe feshi verilmektedir. Yani cezaya tâbi bir hareketin varlığı şüphesi ile işçinin sözleşmesinin feshedilmesi; ancak daha sonra işçinin aklanması hali. Her iki tarafında haklı nedenle fesih bakımından sorumluluğu varsa, zarara uğrayan taraf için zararın tazmini talebinden kendi kusuru dikkate alınarak indirim yapılacaktır. Kuşkusuz hâkim takdir hakkını kullanırken, sözleşmenin süresi, ücretin yüksekliği, taraflar arasındaki ekonomik ilişki, haklı nedenin ağırlığı ve benzeri diğer nedenler de etkili olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 337/b, N.7; ZK-Staehelin, Art.337/b, OR N.11; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/b, N.5; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 337/b, N.5; Vischer, Müller, §24, N.173.

⁵¹⁸ OR m.337/b, 2'nin hukuki niteliğine ilişkin olarak ileri sürülen ilk görüşe göre, bu fıkradaki hukuki sonucun ortaya çıkması, hâkimin takdirine bırakıldığı için, hükmün mutlak emredici olarak açıkça

sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesine yönelik OR m.337/b'nin birinci fıkrasındaki hukuki sonucun, açıkça mutlak emredici olarak kanunda belirtilmesi; ikinci fıkrasındaki hukuki sonucun ise doktrinadaki görüşler uyarınca mutlak emredici olarak ele alınması, tarafların kanundaki yaptırımları aşan bir düzenleme öngörmelerini engellemektedir.

İsviçre Hukuku'nda haklı nedenle fesih halinde sözleşmenin taraflarının ikisinin de kusuru olması ya da ikisinin de kusuru olmamasının hukuki sonuçları açıkça düzenlenmişken, Türk Hukuku'nda bu yönde bir hüküm yoktur. Fakat bu halde, cezaî şartın geçerliliği bakımından, yine “kusur” ölçütünden yararlanılarak yorum yapılması mümkündür. Kanaatimizce İşK m.24/2 ve m.25/2'de yer alan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller dışında kalan sağlık nedenleri ile zorlayıcı nedenler haklı feshe yol açmışsa, feshe neden olanın ya da diğer tarafın kusurundan bahsedemeyiz. Bu durumda ise cezaî şart talebi geçerli sayılmamalıdır. Aksi halde kusuru olmaksızın sözleşmesi haklı nedene dayanarak feshedilen tarafa, bir de cezaî şart ödeme yükümlülüğü getirmek, hem hükmün amacına aykırı olacak hem de taraf menfaatleri arasındaki dengeyi bozacaktır⁵¹⁹.

Kısacası Türk Hukuku bakımından kanaatimizce haklı nedenle feshe neden olan taraf, bu nedenin ortaya çıkmasında kusurlu ise cezaî şart ödemesi de geçerli

belirtilmesine gerek yoktur. Nitekim söz konusu düzenlemenin doğası gereği mutlak emredici bir hüküm olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüş için bkz. ZK-Staehelin, Art.337/b, OR N.12; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 337/b, N.5. İkinci görüşe göre, uyumsuzluğu çözmekle yetkili olan hâkim için her hüküm bir bakıma takdir yetkisine dâhil denilebilecektir. Bu nedenle hâkimin takdir yetkisinden yola çıkılması isabetli değildir. Dolayısıyla hem hükmün niteliğinin hem de lafzının bir çözüme ulaşmak için yetersiz kaldığı savunulmaktadır. Buna karşılık hükmün emredici nitelikte olup olmadığı konusunda, hükmün amacından yola çıkılarak bir sonuca ulaşılabilecektir. Nitekim daha önce bahsedildiği üzere, haklı nedenle fesih hakkının tanınmasının amaçlarından biri, tarafların kişilik haklarının korunmasıdır. Bu amaç gözetildiğinde, haklı nedenle feshi düzenleyen OR m.337 ile m.337/d hükümlerinin bir bütün oluşturduğu kabul edilmelidir. Bunun sonucu olarak, bütünlük bozulmak suretiyle bu hükümler içinden bazıları mutlak emredici nitelik dışında tutulmamalıdır. OR m.337'nin ikinci fıkrası, kanunda açıkça emredici hüküm olarak zikredilmese bile, yorum yoluyla tüm fıkraların mutlak emredici olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle fesihte kendi sorumluluğu da olan tarafın, bir de cezaî şart talep hakkına sahip olması isabetli olmayacaktır. Tam tersi bakış açısı ile kendisine karşı haklı fesih yapılan, ama aslında fesih nedeni bakımından sadece kısmen sorumluluğu olan tarafın kanundaki düzenlemeyi ağırlaştıracak şekilde cezalandırılması da adil olmayacaktır. Şüphesiz bu kabul, haklı nedenle fesih yoluna giden taraf aleyhine cezaî şart kararlaştırılamayacağı sonucunu doğurmaktadır. Sözleşmede yer alacak aksi bir düzenleme ise geçersiz sayılmalıdır. Bu görüş için bkz. Santoro, s.86-88.

⁵¹⁹ İşçi veya işveren sağlık nedenleri veya zorlayıcı nedenlere dayanarak haklı fesih yoluna gitmişse, karşı taraftan tazminat talep edemeyecektir. Bu konuda bkz. Tunçomağ, s.231; Çenberci, s.417; Centel, s.195.

kabul edilmelidir. Bu bakımdan haklı nedenle fesih halleri, kusurun varlığı bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. İsviçre Hukuku'nda ise haklı nedenle feshin hukuki sonuçlarını düzenleyen OR m.337/b'nin mutlak emredici niteliği, kusur hangi tarafta bulunursa bulunsun cezaî şart kararlaştırılmasını engellemektedir. Dolayısıyla taraflar, haklı nedenle fesih haline yönelik olarak cezaî şart ödenmesini işçi lehine bile olsa kararlaştıramayacaktır. Cezaî şart anlaşması bu durumda geçersiz olacaktır⁵²⁰.

(3) Usulsüz, Geçersiz veya Haksız Fesih Halinde

i. Genel Olarak

İşçi veya işveren tarafından iş sözleşmesinin geçerli veya haklı nedenle feshedildiğinin ileri sürülmesine karşılık, böyle bir neden mevcut olmadığının tespit edilmesi mümkündür. Bunun dışında geçerli veya haklı nedenin varlığının ispat edilememesi, haklı nedenle fesih hakkının İşK m.26'da yer alan hak düşürücü süre içinde kullanılmaması ya da kanunda belirtilen usule uygun olarak fesih yoluna başvurulmaması halinde geçersiz, haksız yahut usulsüz fesihten söz edilir⁵²¹. Geçersiz, haksız veya usulsüz fesih halinde, geçerli veya haklı fesihte olduğu gibi iş sözleşmesi kural olarak sona ermektedir⁵²². Fakat belirsiz süreli iş sözleşmesinin geçersiz/haksız feshinin hukuki sonuçları, feshin işçi veya işveren tarafından gerçekleştirilmesine göre farklılık arz etmektedir. Bunun yanı sıra işverenin geçersiz/haksız feshinde, işçinin iş güvencesine tâbi olup olmamasına göre de farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte tarafların da kanuni yaptırımlar dışında, sözleşmeler yoluyla cezaî şart kararlaştırdıkları görülmektedir.

İş sözleşmesinin feshinin geçersiz, haksız veya usulsüz olmasının birbirinden farklı hukuki sonuçları ile cezaî şart ilişkisi ele alınırken, belirli bir sistematik içinde hareket edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda yöntem olarak, öncelikle cezaî şart talebini engelleyen bir hüküm olup olmadığı tespit edilmelidir. Eğer böyle bir hüküm yoksa, akabinde incelenmesi gereken husus, bu yaptırımlar ile cezaî şartın birbirine

⁵²⁰ Santoro, s.88-89.

⁵²¹ Saymen, **İş Hukuku**, s.610; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.196; Tunçomağ, s.231; Süzek, s.732; Kaplan, s.166-167; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.250.

⁵²² Aksi yönde bkz. Tunçomağ, s.231-232.

alternatif nitelikte olup olmadığının belirlenmesidir. Bu tespit ise tazminatların amacı, hukuki niteliği ve benzeri unsurların birbiri ile karşılaştırılması suretiyle yapılmalıdır. Bunun sonucunda cezaî şartın türüne göre, feshe bağlı tazminatlarla birlikte mi yoksa seçimlik olarak mı talep edilebileceği konusunda yorum yapılabilecektir.

İş güvencesine tâbi olsun⁵²³ ya da olmasın, İş Kanunu kapsamında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin sözleşmesi, işveren tarafından fesih bildirim süresine uyulmaksızın feshedilmiş ise İşK m.17/4 uyarınca (*TBK m.438/1*) ihbar tazminatı ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesindeki şartları sağlarsa, kıdem tazminatı talep edebilecektir. Bu durumda sözleşmesi usulsüz olarak feshedilen işçi, seçimlik cezaî şart hükmüne aykırılık oluşturmaksızın, cezaî şartın yanı sıra ihbar ve kıdem tazminatı talep edilebilir mi sorusu önem kazanmaktadır. Bu konu ayrı bir başlık altında ele alındığından, sistematik bir inceleme olması amacıyla kısaca hatırlatmakla yetinilecektir.

Bilindiği üzere ihbar tazminatı, sözleşmenin feshedildiği her halde ödenmesi gereken bir tazminat değildir. Bu tazminata, İşK m.17'deki (*TBK m.432*) fesih bildirim sürelerine uyulmamasına bağlı olarak hak kazanılmaktadır⁵²⁴. Götürü bir tazminat olup, fesih nedeniyle bir zarar doğmasa bile istenebilir⁵²⁵. Buna karşılık cezaî şart genellikle sözleşmede, tarafların fesih haklarını, hakkın özüne dokunmamak şartıyla sınırlamak üzere kararlaştırılmaktadır. Görüldüğü üzere aslında fesih bildirim sürelerine uyulmaması halinde ödenmesi kararlaştırılan cezaî şart ile kanun gereği ödenmesi gereken ihbar tazminatının amaçları ile dayandıkları hukuki sebep birbirinden farklıdır⁵²⁶. Kısacası ihbar tazminatı, cezaî şartın bir alternatifi

⁵²³ İş güvencesi tazminatı ve dört aya kadar boşa geçen süre ücreti ile cezaî şart ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, b, (3).

⁵²⁴ Saymen, **İş Hukuku**, s.606; Reşat Atabek, **İş Akdinin Feshi**, İstanbul, Arkadaş Basımevi, 1938, s.93; Oğuzman, **Fesih**, s.276; Süzek, s.533-534; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.458.

⁵²⁵ Oğuzman, **Fesih**, s.276; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.184; Süzek, s.534-535; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.458. İhbar tazminatının götürü tazminat olduğu yönünde bir Yargıtay kararı için bkz. Y.9.HD., T.9.06.2011, E.2009/12787, K.2011/17301, Çalışma ve Toplum, 2012/2, s.333-338.

⁵²⁶ İsviçre Hukuku'nda da cezaî şart ile birlikte başka bir tazminatın talep edilebilmesi için farklı hukuki sebebe dayanması gerektiği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, b, (3).

olmadığından seçimlik ya da ifaya eklenen cezaî şart kararlaştırılması fark etmeksizin, cezaî şart ile birlikte talep edilebilir⁵²⁷.

Kıdem tazminatı için de ihbar tazminatı ile benzer bir sonuç geçerlidir. Nitekim kıdem tazminatı da ihbar tazminatı gibi, feshe bağlı hukuki sonuçlardandır. Fakat esasında zararın tazmini amacı taşımaz⁵²⁸. Kıdem tazminatı, işçinin çalıştığı yılların karşılığı olarak, kanunda sayılı hallerde ve sürede ödenmesi gereken kanundan doğan, kendine özgü bir tazminattır⁵²⁹. Dolayısıyla yine cezaî şarttan amaç ve borca aykırılığın dayandığı hukuki sebep bakımından ayrılmakta olup, cezaî şartın alternatifi konumunda değildir. Bu nedenle seçimlik cezaî şart ile birlikte talep edilebilmelidir⁵³⁰. İhbar ve kıdem tazminatı taleplerinin, cezaî şart ile birlikte istenebileceği kabul edildiğinde, genel hükümlere göre talep edilebilecek olan maddi tazminat da ele alınmalıdır⁵³¹. Maddi tazminat talebi ile cezaî şart, kanaatimizce TBK m.179 anlamında birbirine alternatiftir. Nitekim maddi tazminat, fesih nedeniyle borcun ifa edilememesinin yerini almaktadır ve cezaî şart ile aynı hukuki sebebe dayanmaktadır. Dolayısıyla işçi, cezaî şart ile maddi zararın tazmini arasında seçim hakkını kullanmalıdır. Seçim hakkı cezaî şart talebi yönünde kullanılırsa, bu durumda cezaî şart ile birlikte onu aşan zarar miktarı birlikte talep edilebilecektir. Nitekim bu yönde TBK m.180’de açık bir düzenleme mevcuttur⁵³².

İş Kanunu kapsamında iş güvencesine tâbi olup, belirsiz süreli iş sözleşmesi geçerli neden olmaksızın feshedilen işçiye ise İşK m.18 ve devamı hükümleri

⁵²⁷ Aynı yönde bkz. Gaye Baycık, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s.190; Karagöz, s.214-215. Yargıtay’ın da kararları bu yöndedir: “...Taraflar arasındaki sözleşmenin V/b maddesinde öngörülen yaptırım, cezaî şart niteliğindedir. Nitekim, mahkemece de buradaki tazminat cezaî şart olarak kabul edilmiş, ancak bildirim ve kıdem tazminatına hükmedilmiş olması nedeniyle ayrıca cezaî şart gerekmeceğinden bahisle bu yöndeki isteğin reddine karar verilmiştir. Belirtmek gerekirken, davacının bildirim ve kıdem tazminatına hak kazanmış olması ayrıca sözleşmedeki cezaî şartı istemesine engel değildir...”. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.10.11.1992, E. 1992/6312, K. 1992/12426, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 08.01.2019. Ayrıca bir uyuşmazlıkta, cezaî şart ile birlikte ihbar tazminatı ödenmesi gerektiği sonucuna varan bir BAM kararı için bkz. Bursa BAM, T. 17.5.2018, E. 2018/815, K. 2018/1025.

⁵²⁸ Oğuzman, **Fesih**, s.256.

⁵²⁹ Elbir, **İş Hukuku**, s.102; Oğuzman, **Fesih**, s.255 vd.; Süzek, s.735; Çelik, Caniklioglu, Canbolat, s.629. Karş. Tunçomağ, Centel, s.222.

⁵³⁰ Aynı yönde bkz. Baycık, **Değerlendirme 2016**, s.190; Karagöz, s.214-215.

⁵³¹ Usulsüz fesih halinde maddi tazminat talebi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.536-537.

⁵³² Ayrıca bkz. Karagöz, s.214.

uygulanmaktadır. Yine bu işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesi halinde de İşK. m.25/son gereği iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkündür. Şöyle ki İşK. m.25/son uyarınca işçiye, haksız fesih iddiası ile İşK. m.18, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde işe iade davası açma hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesi haksız feshedilen iş güvencesine tâbi işçi, işe iade davası açma ve hukuki sonuçlarından yararlanma hakkına sahiptir⁵³³. Bu durumda belirtilen maddelerdeki şartlara uyulması halinde ödenecek kanuni tazminatlar ile cezaî şart arasındaki ilişki bakımından, İşK m.21/son özel önem arz etmektedir. Bu konu, ayrı bir başlık altında ayrıntılı şekilde incelenmiş olup, ilgili bölüme atıf yapılmakla yetinilecektir⁵³⁴.

Son olarak İşK ve iş güvencesi kapsamı dışında belirsiz süreli iş sözleşmesi⁵³⁵ ile çalışan işçilere yönelik olmak üzere, TBK m.438’de işveren tarafından sözleşmenin haksız feshinin hukuki sonuçları ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre işveren, haklı neden olmaksızın iş sözleşmesini derhal feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşme söz konusu ise fesih bildirim süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebilecektir. Bunun yanı sıra TBK m.438/3’de bir hukuki sonuca daha yer verilmiştir. Hâkim bütün durum ve şartları dikkate alarak, miktarını serbestçe belirleyebileceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilecektir. Fakat hâkimin takdir edeceği bu tazminat, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacaktır⁵³⁶. Burada

⁵³³ Süzek, s.732-733; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.602 vd..

⁵³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, D, 1, b, (3), ii.

⁵³⁵ Cezaî şart ile kötüniyet tazminatı ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, b, (1), ii. Kıdem tazminatı, TBK’da düzenlenmediğinden, bu kanuna tâbi işçilerin iş sözleşmesinin haksız feshedilmesi halinde kıdem tazminatı talep etme hakları olmayacaktır. Buna karşılık iş güvencesine tâbi olmayan, ama İşK kapsamındaki işçilerin ise gerekli şartları sağlaması halinde kıdem tazminatı talep etme hakları mevcuttur. Bu konuda bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.250.

⁵³⁶ Haksız fesih tazminatı hakkında bkz. Süzek, s.736-737; Polat Soyer, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2011, S.22, s.17; Savaş, **Haklı Neden**, s.229-230; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.253-254; E. Tuncay Senyen Kaplan, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler”, **Osman Güven Çankaya’ya Armağan**, Ankara, Kamu-İş, 2010, s.224-225; Doğan Yenisey, **Türk Borçlar Kanunu**, s.101 vd.; Gülver, s.1020-1024. Mülga Kanun döneminde haksız fesih halinde, sözleşmeyi haksız fesheden tarafın işçi veya işveren olmasına göre, borçlu ve alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulanması yönünde bkz. Tunçomağ, s.232. Karş. Ekonomi, **İş Hukuku**, s.195-196.

haksız fesih tazminatı ve cezaî şart ilişkisinin bir sonraki başlık altında ayrıca değerlendirildiğini belirtmekle yetinelim⁵³⁷.

İş güvencesi kapsamı dışında belirsiz süreli sözleşme ile çalışan işçilerin sözleşmesinin haksız feshinde uygulanan TBK m.438, nispi emredici niteliğe sahip bir düzenlemedir⁵³⁸. Dolayısıyla hakkın özüne dokunulmadıkça, haksız feshin yaptırım bakımından sözleşmeler yoluyla değişiklik yapılabilecektir⁵³⁹. Kuşkusuz TBK m.438'deki tazminatın nispi emredici niteliği dolayısıyla, tazminat tamamen ortadan kaldırılamayacak veya kanunda belirtilen miktarın altında belirlenemeyecektir. Bunun sonucunda, sözleşmede haksız fesihte bulunan tarafın cezaî şart ödemesine yönelik hükümler de kararlaştırılabilecektir. Bu tür hükümlere, genellikle belirli süreli sözleşmelerde rastlanmaktaysa da karşılıklı olmak ve fesih hakkının özüne dokunmamak şartıyla belirsiz süreli sözleşmelerde de cezaî şart kararlaştırılması kabul edilmektedir⁵⁴⁰. Kanaatimizce de bu şartlara uyulması halinde bu görüş isabetlidir. Şu kadar ki sözleşmede cezaî şart ödenmesi kararlaştırılan haksız fesih halleri içine, haklı neden olarak kanunda sayılan haller sokulmamalıdır⁵⁴¹.

⁵³⁷ Cezaî şart ile haksız fesih tazminatı ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, b, (3), iii.

⁵³⁸ Bu yönde bkz. Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.30. Ayrıca bkz. Adrian Staehelin, Frank Vischer, **Zürcher Kommentar, V 2 c, OR 319-362**, Zürich, 1996, Art 337, c, No.26.

⁵³⁹ Doktrinde haksız feshе yönelik kararlaştırılan cezaî şartın miktarının, TBK m.438/1 ve 2 'de yer alan tazminattan az belirlenmemesi gerektiği yönünde bkz. Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.30.

⁵⁴⁰ Süzek, s.729; Alpogut, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.19-20; Alp, **Değerlendirme 2013**, s.240-241. Karş. Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.256. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 818 sayılı Kanun'a tâbi bir uyumsuzluk bakımından işçinin iş sözleşmesini haksız feshettiğini kabul ederek, sözleşmedeki cezaî şartın aşırı olup olmadığının takdir edilmesi yönünde karar vermiştir. Hukuk Genel Kurulu'nun haksız fesih bakımından cezaî şartı geçerli kabul ettiği karar bu yönden isabetlidir. Fakat kararda başka bir husus daha dikkat çekmektedir. Yerel Mahkeme, cezaî şartı işçi aleyhine tek taraflı kabul ederek geçersiz saymıştır. Oysaki Hukuk Genel Kurulu, *".. taraflar arasındaki sözleşmenin, sözleşme serbestisi ilkeleri çerçevesinde düzenlenmiş, özel hukuk hükümlerine tâbi olarak yapılan bir sözleşme olduğu gözetildiğinde, tarafları açısından bağlayıcı olup, iş kanununun kapsamında değerlendirme yapılarak 10/c maddesinin işçi aleyhine tek taraflı bir düzenleme olması sebebiyle geçersiz olduğunun kabulüne de olanak yoktur..."* şeklinde ifadeye yer vererek, günümüzde TBK m.420'de düzenlenen, ancak Yargıtay tarafından 818 sayılı Kanun döneminden beri kabul edilen karşılıklılık ilkesini yok sayar nitelikte bir karara varmıştır. Dolayısıyla bu karar eleştiriye açıktır. Bu karar için bkz. HGK., T.27.03.2013, E. 2012/13-821, K. 2013/409, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 29.10.2018.

⁵⁴¹ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kararına konu olan bir uyumsuzlukta *"çalışanın iş sözleşmesinin her ne suretle olursa olsun İş Kanunu'nun 25/2 .maddesinde belirtilen nedenler dışında haksız ya da geçersiz şekilde feshetmesi halinde aynı cezaî şartın işveren tarafından ödeneceği"* şeklindeki sözleşme hükmü, işçinin cezaî şart talebinde bulunması ve karşılıklılık ilkesine uygun bir sözleşme hükmü olduğu gerekçesiyle ayrıca ele alınmamıştır. Fakat işverenin haklı nedenle fesih hakkına sadece İşK m.25/2 kapsamında başvurabilecek olması; buna karşılık İşK m.25/1, 3, 4'e dayalı feshin cezaî şarta bağlanması

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshedilmesi sonucunda, tarafların bu sözleşmeye dayanan tüm borçları sona erer⁵⁴². Bu nedenle TBK m.179/1 uyarınca işçinin, cezaî şarta alternatif olarak borcun ifasını talep etme hakkı ortadan kalkar ve bunun yerini, zararın tazmini borcu alır. Bu noktada belirsiz süreli sözleşmenin haksız feshinde, TBK m.438/1 uyarınca talep edilebilecek kanuni tazminat yanında, cezaî şart talep edilip edilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. TBK m.179/1 hükmü gereğince cezaî şart, bir borcun hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan bir edimdir. İş sözleşmesinin haksız feshedilmesi hali de sözleşmenin ifa edilmemesi kapsamında değerlendirilebilecek bir haldir. TBK m.438 çerçevesinde, haksız fesih nedeniyle işçinin talep edebileceği bildirim süresi tutarında tazminat, esasen bir ihbar tazminatı niteliğinde olduğundan, yukarıda belirtilen gerekçelerle seçimlik cezaî şart ile birlikte istenebilecektir. Bu durumda işçi, TBK m.438'deki bildirim süresi tutarında tazminatın yanı sıra, ya sözleşmenin ifasının yerini alan zararın tazminini ya da cezaî şartı talep edecektir. Taraflar, sözleşmede ifaya eklenen cezaî şart ödenmesini de kararlaştırabilirler.

Sonuç olarak TBK m.420'de yer alan işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağı da dikkate alınarak, usulsüz, geçersiz veya haksız fesih hali için cezaî şart kararlaştırılmasında kanaatimizce bir sakınca yoktur. Fakat İşK m.21/son hükmü gereğince iş güvencesine tâbi olan işçiler için, geçersiz veya haksız feshin hukuki sonuçları mutlak emredici nitelikte düzenlenmiştir. Bu işçiler bakımından haksız fesih için cezaî şart kararlaştırılması konusu bir sonraki başlıkta ayrıca ele alınacaktır.

ii. Feshin Hukuki Sonuçlarının Mutlak Emrediciliği ile Cezaî Şart İlişkisi

İş sözleşmesinin feshinde, hakkın özüne dokunmamak şartıyla öngörülebilecek sınırlamalar çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır ve bunlardan biri de cezaî şarttır⁵⁴³.

kanaatimizce hakkın özüne dokunduğundan kısmen geçersizdir. İnceleme konusu karar için bkz. Y.22.HD., T.21.06.2016, E.2016/9536, K.2016/18659, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 29.10.2018. Aynı doğrultuda bir inceleme için bkz. Baycık, **Değerlendirme 2016**, s.173-174.

⁵⁴² Oğuzman, **Fesih**, s.41-42; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.622; Süzek, **Fesih**, s.13-14; aynı yazar, s.517.

⁵⁴³ Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.79; aynı yazar, s.719; Narmanlioğlu, **Feshe Karşı Koruma**, s.316-317; Alpagut, **Sözleşmesel Kayıtlar**, s.29-30; Doğan Yenisey, **Cezaî Şart**, s.36-37.

Bununla birlikte iş güvencesine tâbi işçiler bakımından geçersiz ve haksız fesih halinde ödenecek tazminatlara ilişkin İş Kanunu m.21'deki düzenlemenin hukuki niteliği, cezaî şartın geçerliliği bakımından büyük önem arz etmektedir.

İş Kanunu m.18 ve devamında iş güvencesi hükümlerine yer verilmiştir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli veya haklı neden olmaksızın sona erdirilmesi durumunda, iş güvencesine tâbi işçi tarafından açılacak işe iade davası sonucunda hükmedilecek tazminatlar 21. maddede yer almaktadır. Bu düzenlemeler genel olarak nispi emredici niteliğe sahiptir. Fakat bir istisna getirilmiştir. Buna göre İşK m.21/son'da yer alan düzenlemede açıkça belirtildiği üzere, 21. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları mutlak emredici niteliği haizdir⁵⁴⁴. Bu maddenin belirtilen fıkraları, sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemezler; aksi yöndeki sözleşme hükümleri ise geçersiz sayılır. Dolayısıyla İş Kanunu m.21'de işçiye ödenmesi öngörülen, en az dört en çok sekiz aylık ücret tutarındaki iş güvencesi tazminatı ile kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için ödenmesi gereken dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile artırılması veya azaltılması yasaklanmıştır. Yani söz konusu tazminatlar bakımından işçi lehine dâhi olsa ne iş sözleşmesi ne de toplu iş sözleşmesi ile değişiklik yapılabilecektir⁵⁴⁵. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21.maddesinin son fıkrasında

⁵⁴⁴ Anayasa Mahkemesi tarafından, İşK m.21/son fıkrasına karşı Anayasa'nın toplu iş sözleşmesi ve sözleşme özgürlüğünün ihlali nedeniyle açılan iptal davası, iptal konusu hüküm ile Anayasa m.13'de yer alan ölçülülük ilkesine uygun bir denge oluşturulduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz. AYM, T.19.10.2005, E.2003/66, K.2005/72, RG.T.24.11.2007, RG.S.26710.

⁵⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.720 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.564; Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı**, İş Güvencesi ve Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, Eylül 2004, s.117-118; Ömer Ekmekçi, "Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Tasarısının Değerlendirilmesi", **Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2001, s.59; Ercan Akyiğit, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.327; Eda Manav, **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s.413-414. Bu düzenleme doktrinde, kanunun amacına uygun olmadığı, zira çalışma hayatında ve toplu sözleşme hakkının bulunduğu bir hukuk sisteminde, tarafların sözleşme yoluyla kanunda yer alan tazminatları işçi lehine olmak üzere düzenleme yetkisi bulunmamasının kabul edilemeyeceği gerekçeleri ile eleştirilmektedir. Ayrıca mutlak emredici niteliği haiz hüküm, iş güvencesi sisteminde işvereni, işçiyi işe iadeye zorlama imkânını ortadan kaldırmakta ve kanundaki bu tazminatlar üzerindeki zararını talep hakkını da elinden almaktadır. Nitekim bu düzenleme toplu iş sözleşmesi özerkliğine de aykırıdır. Bu eleştiriler için bkz. Güzel, **İş Güvencesi**, s.43; A. Can Tuncay, "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor", **Çimento İşveren Dergisi**, C.17, S.1, Ocak 2003, s.12; Mehmet Uçum, "İş Güvencesi Kapsamında Fesih Bildirimine İtiraz ve Geçersiz Feshin Sonuçları", **Legal Hukuk Dergisi**, S.9, Eylül 2003, s.2247-2248; Manav, s.414. Bununla beraber cezaî şart ödenmesine yönelik düzenlemeler de geçersiz olmaktadır. Bkz. Ekmekçi,

yer alan bu düzenleme dolayısıyla, iş güvencesine tâbi işçilerin iş sözleşmelerinde kararlaştırılan cezaî şartın geçerliliği doktrinde sıklıkla ele alınan bir konu olmuştur. Özellikle mutlak emredici düzenleme karşısında, iş güvencesi tazminatı ile boşa geçen süre ücretini aşan miktarda cezaî şart kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı, mümkün ise miktar yönünden üst sınırı uzun yıllardır tartışılmaktadır.

Kanun koyucu, İşK m.21/son'da yer alan düzenleme ile aslında, iş güvencesine tâbi işçilerin iş sözleşmesini işverenin geçersiz veya haksız olarak feshetmesi halinde karşılaşılabilecek yaptırımlara bir sınırlama getirmeyi amaçlamıştır. Fakat unutulmamalıdır ki işveren aynı zamanda genellikle tacir olduğundan, basiretli hareket etmekle yükümlüdür. Bunun yanı sıra işveren, sözleşmede daha etkin konumda bulunduğu için, ekonomik durumuna göre tazminat miktarı veya cezaî şart belirlenmesi için söz sahibi olabilir. Bu nedenle sözleşme özerkliğini sınırlandıran ve çağımızın bir gereği olarak İş Hukuku'nun esnekleştirilmesi ihtiyacına ters düşen böyle bir mutlak emredici hükme kanunda yer verilmesinin isabet derecesi kanaatimizce oldukça tartışmalıdır. Bu hüküm yerine, tazminatın üst sınırı bakımından hâkimin takdir hakkının esas alındığı bir sistem belirlenmesi daha uygun olacaktır. Nitekim hâkimin takdirine ilişkin böyle bir hükme örnek olarak, cezaî şartın aşırı belirlenmesi halinde indirilmesine ilişkin TBK m.182/3 ile genel hükümlerde yer alan maddi tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK m.51 vd. hükümleri verilebilecektir. Fakat buraya kadar yaptığımız değerlendirme sadece olması gereken hukuk bakımından anlam ifade edecektir. Buna karşılık kanunda açık bir hüküm yer almaktadır ve bu hükmün uygulanması bakımından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda öncelikle doktrinde ileri sürülen görüşler ele alınacak, ardından Yargıtay'ın konuya ilişkin önemli bazı kararlarına değinilecektir. En son olarak konu hakkındaki görüşümüz açıklanacaktır.

Doktrinde, İşK m.21'deki hukuki sonuçların mutlak emredici niteliği karşısında, cezaî şart hükümlerinin geçerliliği konusunda temelde iki farklı görüş ortaya çıkmıştır.

4773, s.111. İşçiyi feshe karşı daha fazla korumak adına, bu hükmün nispi emredici nitelikte düzenlenmesi ve böylece taraflara iş güvencesine ilişkin yaptırımları ağırlaştırma olanağı tanınması gerektiği yönünde bkz. Manav, s.414, 423.

Bu konuda ileri sürülen ilk görüşe göre, mutlak emredici düzenleme karşısında, kanuni sınırlamaları aşan her türlü düzenleme engellenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla cezaî şart kararlaştırmak da mümkün değildir. Bu nedenle tarafların cezaî şart kararlaştırılmasına ilişkin yapacağı anlaşma geçersiz olacak ve aksi kabul, kanun hükmünün dolanılması sonucunu doğuracaktır⁵⁴⁶.

İlk görüşe ek olarak, İşK m.21/son hükmünün kural olarak iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde uygulanacağı gibi, bir sözleşme hükmü gereği kanundaki iş güvencesi hükümlerine tâbi tutulanlar için de geçerli olacağı ileri sürülmektedir. Bu nedenle bu işçiler için de geçersiz ve haksız feshin hukuki sonuçları, kanundaki yaptırımlardan farklı şekilde kararlaştırılamayacaktır⁵⁴⁷. Bu görüşü kabul eden bir yazar ise bu açıklamalardan geçersiz ve haksız fesih halinde cezaî şart kararlaştırılamayacağı, aksi halde cezaî şartın tamamen hükümsüz sayılacağı sonucu çıkartılmaması gerektiğine dikkat çekmektedir. Burada amaçlanan, cezaî şarta sadece bir üst sınır çekmektir. Bu üst sınır ise m.21/son uyarınca, kanunda yer alan iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücreti kadardır⁵⁴⁸. Dolayısıyla iş güvencesi kapsamında olmayanlar için, aşırı miktarda bulunan cezaî şartın indirilmesinde, iş güvencesine tâbi olanlar için kanunda yer alan miktarın kıyas yoluyla uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Fevzi Şahlanan, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012**, Ankara, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 2014, s.90; Süzek, s.721-722; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.564; Doğan Yenisey, **Cezaî Şart**, s.37-38. Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.309; Manav, s.413; Karagöz, s.216. Ayrıca bkz. Ekmekçi, **İş Güvencesi Tasarısı**, s.58-59; aynı yazar, **4773**, s.111.

⁵⁴⁷ Bu görüş için bkz. Fevzi Şahlanan, “İş Güvencesi Tazminatı Öngören Toplu İş Sözleşmesi Hükmünün Yasal İş Güvencesi Sistemi Karşısında Geçersizliği-Eylül 2006”, **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s.83-85.

⁵⁴⁸ Y.9.HD., T.12.04.2012, 2010/4548, 2012/12575, Değerlendirme 2012, s.88-89 ve Şahlanan, **Değerlendirme 2012**, s.89. Doktrinde Demircioğlu, esasen sonucu bakımından bu görüşe yaklaşan bir değerlendirme yapmaktadır. İşK m.21/son’da yer alan mutlak emredici düzenleme, iş sözleşmesinin geçersiz veya haksız feshine yönelik cezaî şart kararlaştırılmasını engellemektedir. Fakat bu görüşe göre, işçi kanundaki tazminatlarla beraber cezaî şartı talep edemeyecektir. Yine cezaî şart, kanundaki tazminatların miktarını da aşamaz. Buna karşılık kanundaki tazminatların miktarı üst sınır kabul edilerek, sözleşmede kararlaştırılmış olan cezaî şart indirime tâbi tutulmalıdır. Bu görüş için bkz. Demircioğlu, s.169. Aynı yönde bkz. Karagöz, s.216-217.

⁵⁴⁹ Şahlanan, **Değerlendirme 2012**, s.89. Aksi görüş için bkz. Güzel, **İş Güvencesi**, s.118. Benzer sonuca varan başka bir görüşe göre ise iş güvencesi kapsamı dışında olup, toplu iş sözleşmesi ile kapsama alınanlar için kararlaştırılan cezaî şartın, kanundaki iş güvencesine tâbi olanlar için belirlenen üst sınırı aşması halinde, işçi yararına olarak sadece üst sınırı aşan kısmı hükümsüz sayılacaktır. Bu görüş için bkz. Karagöz, s.216-217.

İkinci görüşe göre ise İşK m.21/son feshe ilişkin her türlü sınırlamayı engelleyen bir hüküm olarak nitelendirilmemelidir. Zira mutlak emredici düzenleme sadece hükümde belirtildiği gibi, parasal sonuçlarla yani iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücreti ile sınırlıdır⁵⁵⁰. Bu hükmün, feshe ilişkin her türlü sınırlamayı engellediği kabul edilirse, toplu iş sözleşmesi özerkliği zedeleneyecektir. Nitekim kanundaki parasal yaptırımın aksine düzenleme öngörülmesi tamamen geçersiz sayılırsa, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu⁵⁵¹ ile toplu iş sözleşmesinde yer alması kabul edilen, iş sözleşmesinin sona ermesine yönelik hükümlerin içeriği neredeyse tamamen boşalacaktır⁵⁵².

İşK m.21/son hükmü karşısında cezaî şartın geçersiz olduğunu kabul etmesine rağmen, toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şart bakımından farklı bir değerlendirme yapan görüş de mevcuttur⁵⁵³. Bu görüş tarafından mutlak emredici düzenlemenin, toplu iş sözleşmesindeki cezaî şart hükümlerini de kapsayacak şekilde geniş ve mutlak yorumlanmaması gerektiği belirtilmektedir. Aksi halde yukarıda belirtildiği gibi, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin ortadan kalkacağı ileri sürülmektedir. Kaldı ki toplu iş sözleşmesinde yer alan feshe ilişkin düzenlemelerin mutlak emredici hükme aykırılık oluşturduğunu ileri sürmek, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin düzenlemelerin neredeyse hepsini toplu sözleşme özerkliği dışında tutmak anlamına gelecektir⁵⁵⁴. Aynı şekilde yine bu görüş, toplu iş sözleşmesinde, iş güvencesinden yararlanamayan işçiler için kararlaştırılan cezaî şartı, iş güvencesinden yararlanan işçilerin tazminat hakları ile sınırlayan ve buna dayanarak indirim yapılmasına yönelik bir Yargıtay kararını da benzer gerekçelerle eleştirmektedir⁵⁵⁵. Dolayısıyla bu görüşe göre taraflar,

⁵⁵⁰ İş güvencesi tazminatının mutlak emrediciliği nedeniyle, cezaî şart dışında maddi zararın tazmini de talep edilemeyecektir. Fakat bir görüşe göre, başka hukuki sebebe dayanılıyorsa maddi tazminat talebinde bulunulabilir. Buna örnek olarak, iş sözleşmesini fesheden işçi hakkında asılsız söylentiler yaymak gösterilmektedir. Ayrıca bu görüşe göre işçi, iş güvencesi tazminatı yanında manevi tazminat talep edebilmelidir. Bu görüş için bkz. Alpogut, **İşletme Gerekleri**, s.133.

⁵⁵¹ RG.T. 07.11.2012, RG.S. 28460.

⁵⁵² Güzel, **İş Güvencesi**, s.118; Ekmekçi, **İş Güvencesi Tasarısı**, s.59; Özdemir, **Cezai Şart**, s.408-409; Aykaç, s.717.

⁵⁵³ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.726-727; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.36-39.

⁵⁵⁴ Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.37-38. Aynı yönde bkz. Aykaç, s.717. Yargıtay'ın aksi yönde bir kararı için bkz. Y.9.HD., T.13.05.2010, E.2008/26003, K.2010/13047, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 17.02.2018.

⁵⁵⁵ Bu karar için bkz.Y.9.HD., T.13.05.2010, E.2008/26003, K.2010/13047, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 17.02.2018. Bu görüş uyarınca, bu kararda gerekçe olarak ileri sürülen eşitlik ilkesi de isabetli değildir. Zira işyerinde iş güvencesine tâbi işçi bulunmayabileceğinden, karşılaştırma yapma imkânının dahi olamayabileceği savunulmaktadır. İşyerinde iş güvencesine tâbi işçi bulunsun bile,

İşK m.21/son ile bağılı olmaksızın, toplu iş sözleşmesinde haksız fesih hallerine yönelik cezaî şart kararlaştırma yoluna gidebileceklerdir. Aşırı miktarda cezaî şart kararlaştırılmış ise TBK m.182/3 uygulama alanı bulabilecektir. Fakat toplu iş sözleşmesi dışında, İşK m.21/son'a aykırı düzenleme yapılamayacaktır⁵⁵⁶.

Konunun Yargıtay kararları boyutunu ele alırsak, hükmün mutlak emredici niteliği dolayısıyla iş güvencesine tâbi işçilerin sözleşmesinin geçersiz veya haksız feshine yönelik cezaî şart kararlaştırılamayacağına karar verildiği görülmektedir. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında, “...*Aynı maddenin son fıkrasında ise, sözü edilen düzenlemenin mutlak emredici olduğu ve sözleşmelerle hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu itibarla iş güvencesine tâbi işçiler yönünden toplu iş sözleşmesinin iş güvencesi sağlayan hükümlerinin, Kanun'un bu düzenlemesi karşılığında bir değeri kalmamıştır...*” şeklinde kanaatimizce de isabetli bir ifadeye yer verilmiştir⁵⁵⁷. Ayrıca Yargıtay, toplu iş sözleşmesinde cezaî şart ibaresi kullanılmaksızın, iş güvencesi tazminatının belirli oranda artırılması şeklinde kararlaştırılan yaptırımları nitelik bakımından cezaî şart saymakta olup, bu tür düzenlemelerin İşK m.21/son uyarınca geçersiz olduğu yönünde karar vermektedir⁵⁵⁸. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu tür düzenlemeleri cezaî şart olarak nitelendirmesi herhangi bir anlam ifade etmemektedir. Zira bu şekilde nitelendirmeye de mutlak emredici düzenlemeye aykırı bulunarak geçersiz sayabilecektir.

Yargıtay, iş güvencesinden yararlanamayan işçiler için toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şartı ise genellikle iş güvencesi tazminatı niteliğinde kabul etmektedir. Bu nedenle bu düzenlemeye, İşK m.21/son'da yer alan tazminata yönelik

kötüde eşitliğin eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacağına da dikkat çekilmektedir. Nitekim toplu sözleşme özerkliğinin bir Anayasal hak olduğu ve emredici düzenleme olmayan alanda kıyasen uygulama ile sınırlanmasının da aşırı bir müdahale olacağı kabul edilmektedir. Bkz. Süzek, s.726-727; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.38-39; Aykaç, s.719.

⁵⁵⁶ Süzek, s.726; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.37 vd..

⁵⁵⁷ Bu karar için bkz. Y.HGK., T.01.03.2017, E. 2015/9-989, K. 2017/386, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 29.10.2018. Bu yönde bkz. Y.22. HD., T.30.12.2014, E. 2013/27996, K. 2014/37376, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 29.10.2018.

⁵⁵⁸ Örneğin, bu yönde karara bağlanan bir uyuşmazlıkta toplu iş sözleşmesi aynen şu düzenlemeye sahiptir: “...*Ancak, disiplin kurulu kararı alınmak-sızın haksız nedenlerle işten çıkartılan her işçiye işveren, toplu sözleşme ve yasalardan kaynaklanan haklardan başka ve ayrıca (24) aylık maaş tutarında iş güvencesi ödeneği ödemeyi kabul eder...*”. Bkz. Y.9.HD., T.13.06.2006, 2005/37834, K.2006/17320, Çalışma ve Toplum, 2006/4, S.11, s.225. Bu karar ve gerekçesi bakımından isabetsiz, fakat sonuç bakımından isabetli bulan bir inceleme için bkz.Y.9.HD., T.11.04.2006, E.2006/8251, K.2006/9414, Şahlanan, **İş Güvencesi Tazminatı**, s.81 vd.

hükümleri uygulamaktadır. Ayrıca bu tazminatın, işçinin işyerindeki kıdemi de dikkate alınarak, en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminatla sınırlı miktarda olması gerektiği yönünde karar vermektedir. Görüldüğü üzere bu kararda, iş güvencesi dışındakilerin iş sözleşmesinin geçersiz veya haksız feshi için toplu iş sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılması mümkün görülmüştür. Nitekim kararda cezaî şart, iş güvencesi tazminatı niteliğinde kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu halde de m.21/son hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna bağlı olarak cezaî şartın miktarının, iş güvencesine tâbi işçilere ödenmesi gereken iş güvencesi tazminatının asgari ve azami sınırı içinde bir miktar olarak belirlenebileceği şeklinde karar verilmiştir⁵⁵⁹. Bununla birlikte Yargıtay'ın başka bir kararında iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçinin talep edebileceği cezaî şart miktarının üst sınırı olarak, iş güvencesi kapsamında olsaydı hüküm altına alınabilecek iş güvencesi tazminatı kadar olduğuna dikkat çekilmiştir. Yapılan değerlendirmede cezaî şartın miktarının, kıdem dikkate alınarak dört aylık ücret tutarı kadar olduğu sonucuna varılmıştır⁵⁶⁰. Fakat Yargıtay'ın iş güvencesine tâbi olmayan işçiler için, toplu iş

⁵⁵⁹ Y.9.HD., T.21.03.2013, E.2010/25818, K.2012/9484, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 29.10.2018. Kararı değerlendiren Şahlanan'a göre ise karara konu olan olayda dikkati çeken en önemli husus, davaya konu işyerinde çalışan işçi sayısı itibarıyla davacı işçinin yasal iş güvencesi hükümlerine tâbi olmayan bir işçi olmasıdır. Aslında işçiler, toplu iş sözleşmesi ile kanuni iş güvencesi hükümlerine de tâbi tutulmamışlardır. Bununla birlikte iş güvencesi dışında kalan işçiler için iş güvencesine ilişkin kanuni hükümlerin parasal yaptırımlarını da aşan bir düzenleme getirilmiştir. Yazar tartışılması gereken sorunu şu şekilde açıklamaktadır: kanuni iş güvencesi kapsamında olmayanlar için, toplu iş sözleşmesi ile bu kişileri kanuni iş güvencesi kapsamına almadan, sadece iş sözleşmesinin feshinde iş güvencesine yönelik parasal yaptırımların uygulanması, bir sınırlama getirilmeksizin mümkün müdür? Diğer bir deyişle bu konudaki toplu iş sözleşmesi özerkliğinin bir sınırı yok mudur? Yazar, Yargıtay'ın iş güvencesine ilişkin dört ila sekiz aylık ücret ile sınırlama getirmesini, hükmün cezaî şart olarak nitelendirilmiş olması ve TBK m.182'deki aşırı cezaî şartın indirilmesine ilişkin hükme dayanılması yönünden isabetli bulmaktadır. Fakat yazar, bir noktaya daha dikkat çekmektedir. Buna göre, Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, iş güvencesi kapsamında olmayanlara da iş güvencesi tazminatlarının bütün şartlarıyla uygulanması olarak değerlendirilmemelidir. Şöyle ki bu karar, iş güvencesine tâbi olmayanlar için öngörülen iş güvencesi tazminatının indirilmesinde, kıyas yoluyla kanuni iş güvencesi tazminatının uygulaması olarak yorumlanmalıdır. Karara dair inceleme için bkz. Şahlanan, **İş Güvencesi Tazminatı**, s.2-4; ayrıca bkz. aynı yazar, **Değerlendirme 2012**, s.89-90. Bu kararı iş güvencesinden yararlanamayanlar için toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan ödemeyi cezaî şart olarak nitelendirmesi yönünden isabetli bulan; fakat cezaî şartın iş güvencesi tazminatı ile sınırlanması yönünden isabetsiz bulan; Şahlanan'ın görüşünü de indirimin önceden belirli bir oranda değil, somut olayın özelliklerine göre yapılması gerektiği gerekçesiyle eleştiren bir inceleme için bkz. Mustafa Alp, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, Mess, İstanbul 2015, s.247-250. Aynı yönde bkz. Y.22.HD., T.22.12.2016, E. 2016/30239, K. 2016/29026, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 26.06.2017; Y.9.HD., T.4.10.2007, E. 2007/733, K. 2007/29264, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 26.06.2017.

⁵⁶⁰ Bu karar için bkz. Y.22.HD., T.04.06.2013, E.2013/12748, K.2013/13561, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 26.06.2017. Bu kararı inceleyen Alp, iki gerekçe ile kararı eleştirmektedir. İlk olarak böyle bir ölçütün, iş güvencesine tâbi olmayanlara, İşK m.21/son'un hukuka aykırı olarak

sözleşmesinde kanundaki sınırı aşan cezaî şart niteliğini haiz iş güvencesi tazminatı kararlaştırılamayacağı, sadece kanundaki alt sınırdan iş güvencesi tazminatı belirlenebileceği şeklinde gerekçe belirtmediği, kanımızca eleştiriye açık bir kararı da vardır⁵⁶¹. Ayrıca belirtilmelidir ki Yargıtay, toplu iş sözleşmesi ile belirlenen cezaî şart miktarının, kanunen iş güvencesine tâbi olsaydı talep edebileceği iş güvencesi tazminatı miktarını aşması halinde, TBK m.182 uyarınca indirimine gidilmesini kabul etmektedir; geçersizlik kararı vermemektedir⁵⁶².

Doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları dikkate alındığında, kanaatimizce İşK. m.21/son'da yer alan düzenlemenin, iş güvencesine tâbi işçiler ile iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler bakımından ayrı ayrı incelenmesi yorum yapılması için kolaylık sağlayacaktır.

Öncelikle iş güvencesine tâbi işçiler ele alınırsa, kanunda işverenin geçersiz veya haksız feshinin hukuki sonuçlarına yönelik açık bir sınırlama getirilmiştir. Bu yaptırımlar ne işçi lehine ne de aleyhine değiştirilebilir niteliktedir. Bu nedenle bu kapsamdaki işçiler için sözleşmelerle cezaî şart belirlenmesi mümkün değildir. Aksi bir kabul hem hükmün amacına aykırı olacaktır hem de kanundaki hükmün dolanılmasına yol açacaktır. Nitekim sözleşmede cezaî şart kararlaştırılmasının kabul edilmesi halinde, İşK m.21'de yer alan yaptırımlar miktar olarak aşılabilecektir ve bu durumda İşK. m.21/son düzenlemesinin kanunda yer almasının bir anlamı kalmayacaktır. Toplu iş sözleşmesinde cezaî şart belirlenmesi halinde ise kanımızca

uygulanması sonucu doğuracağını öne sürmektedir. İkinci olarak ise cezaî şartın miktarı konusunda sözleşme özgürlüğüne aşırı müdahale olabileceğine dikkat çekmektedir. Dolayısıyla yazar, İşK m.21/son'un iş güvencesine tâbi işçiler için uygulanabilecek bir hüküm olmasından yola çıkarak, kararı isabetsiz bulmaktadır. Kararı isabetsiz bulan inceleme için bkz. Alp, **Değerlendirme 2013**, s.244-250.

⁵⁶¹ Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.19.01.2004, E.2003/21992, K.2004/258, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 21.05.2017

⁵⁶² Bu yönde bir kararda, cezaî şartın üst sınırının kıdeme göre belirlenecek iş güvencesi tazminatı olduğu ve bu ölçüt dikkate alınarak BK m.161 (TBK m.182) uyarınca indirimine gidilmesi gerektiğine yer verilmiştir: "...İşyerinde çalışan kişi sayısının otuzdan az olması sebebiyle, davacı işçinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. vd. maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümleri kapsamında bulunmadığı sabittir. Bu hususla birlikte iş sözleşmesinin işverence haklı sebeple feshedildiğinin kanıtlanamadığı nazara alındığında, cezaî şart alacağı talep edilebilir ise de, işçinin talep edebileceği cezaî şart miktarının üst sınırı, sözleşmede belirtilen miktarı geçmemek şartıyla, iş güvencesi kapsamında olsaydı, hüküm altına alınabilecek işe başlatmama tazminatı miktarıdır. Bu doğrultuda, davacının kıdeme göre, talep edebileceği cezaî şart miktarının üst sınırı işçinin dört aylık ücreti tutarındır. Anılan sebeple. 818 Sayılı B.K.nun 161/son maddesi nazara alınarak, belirtili usulde yapılacak değerlendirmeye, cezaî şart alacağı hüküm altına alınmalıdır...". Bu karar için bkz. Y.22.HD., T.04.06.2013, E. 2013/12748, K. 2013/13562, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 29.10.2018 ve bu kararda neden üst sınır getirilmesi gerektiğine ve bu üst sınırın neden kıdeme göre iş güvencesi tazminatı olarak kabul edildiğine dair gerekçe olmaması yönünden eleştiren yazar için bkz. Alp, **Değerlendirme 2013**, s.244 vd..

toplu iş sözleşmesi özerkliğine dayanılmamalıdır. Zira kanunda yer alan mutlak emredici düzenlemenin aksine bir kararlaştırma yapmaya, toplu iş sözleşmesi tarafları zaten yetkili değildir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesi ile iş güvencesine tâbi işçilere cezaî şart ödenmesinin kararlaştırılması, yine düzenlemenin mutlak emredici niteliği dolayısıyla mümkün değildir.

Konunun ikinci boyutunda yer alan iş güvencesine tâbi olmayan işçiler bakımından ise durum daha farklıdır. İşK. m.21 ve bu itibarla son fıkrasında yer alan mutlak emredici niteliği belirleyen hüküm, iş güvencesi kapsamı dışında yer alan işçiler bakımından herhangi bir düzenleme getirmemektedir. Bu nedenle bahsi geçen işçilerin sözleşmesinin geçersiz veya haksız feshi için toplu iş sözleşmesinde cezaî şart öngörülmesinin önünde bir engel yoktur. Ancak iş güvencesine tâbi işçiler bakımından bu tazminatlara kanunen bir sınırlama öngörülmüşken, kapsam dışında kalan işçiler için sınırsız bir düzenleme alanı tanınması kanımızca da adaletli olmayacaktır. Aksi kabul, kanunun iş güvencesi sistemine yer verme amacına da aykırılık oluşturacaktır. Bununla birlikte toplu iş sözleşmesi ile iş güvencesi dışında kalan işçiler için cezaî şart kararlaştırılması halinde, iş güvencesine tâbi olmayanlar için İşK m.21'deki hukuki sonuçlar mutlak bir üst sınırdır da denilemez. Nitekim cezaî şart miktarına yönelik olarak kanunda düzenlenen tek sınırlama, TBK m.182/3'dür. Bu hüküm kapsamında hâkim indirim yetkisini kullanırken, bu işçilerin iş güvencesine tâbi işçi olsalardı talep edebilecekleri miktarı indirimde bir ölçüt olarak dikkate alması isabetli olacaktır. Bu kabul toplu sözleşme özerkliğine de aykırı görülemez. Zira toplu iş sözleşmesi kanun hükmünde değildir; aksine taraf iradelerinin uyuşması ile varlık kazandığından esasında yine bir sözleşmedir. Bu çerçevede yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanunun amacına aykırı veya kanunun hükümlerini dolanan düzenlemeler içermesi zaten mümkün değildir.

iii. Haksız Fesih Tazminatı İle Cezaî Şart İlişkisi

TBK m.438'in yürürlüğe girmesi ile birlikte, mülga kanun döneminde düzenlenmeyen haksız fesih tazminatının kanunda yer alması sonucunda, cezaî şart ile arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

İsviçre Hukuku'nda bu konudaki ilk hüküm 1971 kanun revizyonu ile getirilmiştir. Daha önceki dönemde, yani 1911 tarihli Kanun döneminde işveren tarafından iş sözleşmesinin haksız feshinin hukuki sonucu ayrı bir hükümle düzenlenmemiştir. Bu nedenle işverenin temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi. 1971 revizyonu ve en son olarak önemli değişiklikler öngören 1988 revizyonu sonunda, OR m.337/c'de, TBK m.438'e aynen iktisap edilen hüküm getirilmiştir⁵⁶³. Kısacası her iki hukuk düzeninde de işverenin haksız feshi halinde, iş sözleşmesi sona ermekte ve devreye tazminat ödeme yükümlülüğü girmektedir⁵⁶⁴.

Türk Borçlar Kanunu m.438/3'de olduğu gibi, mehzaz OR m.337/c, 3'de yer alan haksız fesih tazminatı, hâkim tarafından takdir edilmektedir. Bu tazminat, birinci fıkradaki bildirim süresi/bakiye süre ücreti tutarındaki tazminattan bağımsızdır. Haksız fesih tazminatının hukuki niteliği ne tam olarak ücret, ne manevi tazminat ne de zararın tazminidir. Fakat cezaî şart ile karşılaştırma yapılabilecek yapıda bir tazminattır⁵⁶⁵. Söz konusu tazminat, ceza ve manevi tazmin karakteri içeren *sui generis* bir tazminattır⁵⁶⁶. Bu tazminat yoluyla, işçinin sözleşmenin devamına bağlı haklarının, olağan feshe kadar güvence altına alınması ve işverenin haksız feshe başvurmamasının önlenmesi amaçlanmaktadır⁵⁶⁷. Haksız fesih tazminatı bakımından, kanunda hâkimin bu tazminatı tüm durum ve şartları göz önünde tutarak serbestçe takdir edebileceğinden söz edilmiştir. Dolayısıyla hâkim, gerekli görmezse bu tazminata karar vermek zorunda değildir⁵⁶⁸. Hâlbuki cezaî şart kararlaştırılması halinde, zararın ve kusurun varlığı aranmaksızın, cezalandırıcı olay gerçekleşince cezaî şart ödeme

⁵⁶³ İsviçre Hukuku'nda, işverenin iş sözleşmesini haksız feshinin hukuki sonuçlarının tarihi gelişimine dair ayrıntılı bilgi için bkz. ZK-Staehelin, Art.337/c, OR N.1; Nordmann, s.231.

⁵⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 337/c, N.3; ZK-Staehelin, Art.337/c, OR N.5; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/c, N.2; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 337/c, N.1; Vischer, Müller, §24, N.175; Rebinder, §12, N.363.

⁵⁶⁵ ZK-Staehelin, Art.337/c, OR N.14; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/c, N.8.

⁵⁶⁶ ZK-Staehelin, Art.337/c, OR N.14; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/c, N.8; Geiser, Müller, §2, N.608; Rebinder, §12, N.363; Santoro, s.89.

⁵⁶⁷ ZK-Staehelin, Art.337/c, OR N.14; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 337/c, N.5; Santoro, s.89-90; Vischer, Müller, §24, N.181 .

⁵⁶⁸ Yine de ifade edilmelidir ki İsviçre doktrini ve mahkeme kararlarında, kanun zorunluluk ibaresi öngörmese de genellikle sembolik de olsa bir miktar haksız fesih tazminatına karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Rebinder, **BK 1992**, Art 337/c, N.8; Rebinder, §12, N.366. Bu yöndeki bir mahkeme kararı için bkz. BGE, 133/III, 657, JAR 2008, s.281. Aksi görüşte bkz. Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 337/c, N.8.

borcu doğmaktadır. Hâkimin tek müdahale yetkisi cezaî şartın miktarının aşırı olması hali bakımından TBK m.182/3’de düzenlenmiştir.

Doktrinde bir görüş tarafından TBK m.438/3’de yer alan haksız fesih tazminatının, sözleşmede kararlaştırılmış olan cezaî şarta dâhil olduğu kabul edilmekte ve böyle bir halde sadece cezaî şarta hükmedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Buna karşılık aynı görüşe göre, belirli süreli sözleşmenin haksız feshine ilişkin cezaî şart olarak kararlaştırılan tutar, bakiye süre ücreti kadar veya daha az ise bu sefer, TBK m.438’in emredici niteliği devreye girmelidir. Buna göre işçi, TBK m.180’de yer alan şartlar da dikkate alınarak, cezaî şart tutarını aşan zararını tazmin edebilmelidir⁵⁶⁹.

Cezaî şartın geçerliliği konusunda haksız fesih tazminatının hukuki niteliğinden yola çıkarsak, İsviçre’de haklı feshin hukuki sonuçlarından farklı olarak, bu hüküm OR m.361-362’de katalog olarak sayılan mutlak ve nispi emredici hükümler içinde yer almamaktadır. Bu nedenle de İsviçre doktrinde, bu hükmün hukuki niteliği hakkında tartışma bulunmaktadır. Bu konuda iki görüş ortaya çıkmıştır. Birinci görüşe göre bu hüküm, mutlak olarak aksi kararlaştırılamaz bir niteliğe sahiptir⁵⁷⁰. İkinci görüşe göre ise bu hüküm, mutlak emredici nitelikte bir hüküm değildir. Fakat hükmün amacı ve haksız feshin diğer sonuçlarına ilişkin birinci fıkranın nispi emredici niteliği dikkate alındığında, nispi emredici niteliğe sahip olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle de örneğin işçi lehine olarak tazminat miktarının on iki ay karşılığı ücret tutarında belirlenebileceği, fakat kanundaki miktarın azaltılamayacağı savunulmaktadır⁵⁷¹. Dolayısıyla işçi lehine olmak üzere, işçinin altı aylık ücreti tutarında tazminatı aşan cezaî şart kararlaştırılması bu görüşe göre geçerlidir⁵⁷². Fakat bu konuda, hükmün kanunlaşma sürecinden beri halen görüş birliği sağlanamamıştır⁵⁷³.

⁵⁶⁹ Gülsevil Alpagut, “Belirli Süreli, Asgari ve Azami Süreli İş Sözleşmelerinin Kurulması ve Hükümleri”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar**, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, s.125; aynı yazar, **Türk Borçlar Kanunu**, s.933.

⁵⁷⁰ Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 337, c, Rn.19; Berner Kom, Art 337, Rn.14.

⁵⁷¹ ZK-Staehelin, Art.337/c, OR N.28; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/c, N.14; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 337/c, N.8; Nordmann, s.242.

⁵⁷² BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/c, N.14; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 337/c, N.8.

⁵⁷³ Nitekim hükmün, kanun koyucu tarafından düzenlenmesi aşamasında da hukuki niteliği tartışılmıştır. Tasarı halindeyken, haksız fesih tazminatı ilk olarak mutlak emredici hükümler arasında sayılmıştır. Fakat daha sonra hükmün nispi emrediciliği yönünde görüşler doğmuş ve bu kategoriye eklenmiştir. İlerleyen süreçte ise hükmün, nispi emredici hükümler arasından da çıkartılmasına karar verilmiştir. Komisyon sözcüsü açıklamasında, bu tazminatın hâkimin takdirinde olduğunu ve mutlak emredici

Kanun koyucunun bu karmaşık süreçten geçen düzenlemesi, haksız fesih tazminatına ilişkin düzenlemenin hukuki niteliği hakkında kesin bir karara varılmasına yardımcı olmamaktadır. Fakat hükmün nispi emredici hükümler arasında da düzenlenmemesi dikkate alındığında, kanun koyucunun konu hakkındaki genel uygulamasına bakılması önerilmektedir. Bu görüşe göre, hâkimin takdirine dayanan bir yetki hükmü olması, hüküm üzerinde taraflarca sınırlama yapılmasından alıkoymaktadır; bu nedenle mutlak emredicidir⁵⁷⁴. Bu görüş çerçevesinde ileri sürülen bir başka gerekçe ise haksız fesih tazminatı düzenlemesinin mutlak emredici sayılması halinde, İş Hukuku'ndan kaynaklı diğer hak ihlali yaptırımları arasında birlik sağlanmaktadır⁵⁷⁵. Sonuç olarak haksız fesih tazminatına ilişkin hükmün, mutlak emredici hüküm olduğu ve dolayısıyla cezaî şart kararlaştırılmasının geçerli olmayacağı ifade edilmektedir⁵⁷⁶. Buna karşılık haksız fesih, kişilik hakkı ihlaline yol açıyorsa ve ayrıca işçinin en fazla altı aylık ücreti kadar belirlenen tazminat bu ihlali karşılamaya yetmiyorsa, manevi zararın tazmininin mümkün olduğu savunulmaktadır. Nitekim manevi zararın tazmini, haksız fesih tazminatından farklı bir hukuki dayanağa sahiptir⁵⁷⁷.

Alman Hukuku'nda ise taraflarca karşılıklı olarak müzakere edilmiş iş sözleşmelerinde, haksız fesih haline ilişkin cezaî şart kararlaştırılması geçerli kabul edilmektedir. Buna karşılık cezaî şartın kanuni geçerlilik sınırları, kanuna ve ahlaka aykırı olmamaktır (*BGB m.134, 138*). Örneğin sözleşmenin süresi ile bağlı olarak artan cezaî şart belirlenmesi, ahlaka aykırı kabul edilerek geçersiz görülmektedir⁵⁷⁸.

Türk Hukuku'nda haksız fesih tazminatı ile birlikte cezaî şart kararlaştırılması konusunda görüşümüz, böyle bir düzenlemeyi engelleyen hüküm olmadığından geçerli olacağı yönündedir. Dolayısıyla işçi lehine cezaî şart kararlaştırılması

olmadığını açıkça bildirmiştir. Hükmün tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Santoro, s.90. Hükmün tarihi gelişimine dayanan görüş, bu düzenlemenin nispi emredici olduğunu ileri sürerek, işçi lehine olmak üzere tazminatın artırılabilirliğini savunmaktadır. Bu görüş için bkz. ZK-Staehelin, Art.337/c, OR N.28; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/c, N.14; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 337/c, N.8; Nordmann, s.242.

⁵⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Santoro, s.90.

⁵⁷⁵ Bu görüş için bkz. Santoro, s.90-91.

⁵⁷⁶ Santoro, s.91-92.

⁵⁷⁷ ZK-Staehelin, Art.337/c, OR N.19; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/c, N.13.

⁵⁷⁸ MüArbR/Reichold, §39, Rn.52; Niemann, s.93.

mümkündür. Bu cezaî şart da aksi kararlaştırılmadıkça seçimlik cezaî şart niteliğindedir. Bu noktada tartışılması gereken soru, haksız fesih tazminatının cezaî şart ile birlikte talep edilip edilemeyeceğidir. Haksız fesih tazminatı, zarar ortaya çıkan her durumda ödenmesi gereken bir tazminat değildir. Kaldı ki bu tazminatın ödenip ödenmemesini, zarar dışında da çeşitli ölçütleri dikkate alan hâkim, ancak belirli bir miktar kadar takdir edebilecektir. Bu nedenle de sözleşmeden doğan borcun yerini alan bir edim olmadığı ifade edilebilir. Oysa ki cezaî şart, sözleşmede geçerli şekilde kararlaştırıldığında, aşırı miktarda olması hali dışında hâkimin takdiri gerekmezsizin ödenmesi gereken ve miktarı taraflarca kararlaştırılan bir tazminattır. Görüldüğü üzere haksız fesih tazminatı ile cezaî şart, düzenlenme amaçları ve ödenme şartları bakımından birbirine alternatif değildir. Cezaî şartın alternatifi zararın tazminidir. Sonuç olarak kanımızca işçi, cezaî şart ile birlikte seçimlik cezaî şart hükmüne aykırılık oluşturmaksızın haksız fesih tazminatı talep edebilecektir⁵⁷⁹. Cezaî şart talebi, haksız fesih tazminatı talebini engellemese de haksız fesih tazminatının ödenip ödenmeyeceğini yine hâkim takdir edecektir.

(4) İşçinin Haklı Neden Olmaksızın İşe Başlamaması veya İş Bırakması Halinde

i. Genel Olarak

İş sözleşmesi kurulurken, işçinin aynı gün fiilen işe başlaması öngörülebileceği gibi, daha sonraki bir tarihte işe başlaması da kararlaştırılabilecektir. Sözleşmenin kurulduğu gün ile fiilen işe başlama gününün farklı olması halinde, işçinin haklı bir neden olmaksızın sözleşmede kararlaştırılan gün işe başlamaması veya işçinin, iş sözleşmesini haklı neden olmaksızın feshetmesi olasılığı mevcuttur. Bu hale yönelik olarak⁵⁸⁰ Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girene kadar açık bir düzenleme mevcut

⁵⁷⁹ Aynı yönde bkz. Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.932; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.886; Senyen Kaplan, **İş Hukuku**, s.327.

⁵⁸⁰ İş Kanunu'na tâbi olup, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı neden olmaksızın fesih bildirim sürelerine uymadan fesheden işçilerin, İşK m.17 uyarınca işverenlerine ihbar tazminatı ödenmesi gerektiği yönünde bkz. Süzek, s.738. Mülga Kanun döneminde savunulan bir görüşe göre, iş sözleşmesinin sürekli borç doğuran niteliği dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre iş sözleşmesinin kurulması ile fiilen işe başlama süresi arasında henüz güven ilişkisi gelişmemiştir. Fakat bu zaman aralığında da güven duygusunu sarsan olaylar meydana gelebileceğinden, işe başlama anında

değildi⁵⁸¹. Hâlbuki kararlaştırılan gün işçinin işe başlamaması veya aniden işi bırakması, işveren bakımından önemli miktarda zarar doğmasına neden olabilecektir. Nitekim boşa geçen bir işçi arama süreci yaşanması nedeniyle zaman kaybı ve masrafla karşılaşılacak, yeni bir işçi arama süreci için harekete geçilecek, bu esnada boşalan kadro nedeniyle iş organizasyonunda sıkıntılarla karşılaşılabilir. Hal böyleyken işverenin, zararı ve miktarını ispat etmek şartıyla, sözleşmeye aykırı davranışta bulunan işçiden genel hükümler kapsamında tazminat talep etmesi mümkündür⁵⁸². Fakat işverenin uğradığı zararı talep etmesi halinde, ispat bakımından güçlüklerle karşılaşması muhtemeldir⁵⁸³. Mülga Kanun'da genel hükümler dışında açık bir düzenleme olmaması ve ispat zorlukları dikkate alınarak, uygulamada genellikle sözleşmede cezaî şart kararlaştırılmaktaydı. Böylece işveren, işçinin işe başlamaması veya işi haklı neden olmaksızın aniden bırakması halinde, ispat zorluğu ile karşılaşmadan muaccel olan cezaî şartı talep edebilecekti⁵⁸⁴.

Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra bu konu, 439.maddede açıkça düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme doktrinde çeşitli yönlerden eleştirilmektedir⁵⁸⁵.

ortadan kalkmaya mecbur olan sözleşmeyi, işe fiilen başlamadan önce sona erdirmek, taraf menfaatlerine ve hukuk güvenliğine uygun olacaktır. Buna rağmen işe başlamadan önce olağan fesih değil, olağanüstü fesih hakkı kullanılabilir. Bu görüş için bkz. Kaplan, s.30-31.

⁵⁸¹ Mülga Kanun döneminde açık bir hüküm mevcut olmadığından, işçinin haklı neden olmaksızın iş görmeye başlamaması veya iş görmeyi bırakması halinde uygulanacak hükümler tartışma konusuydu. Doktrinde bir grup yazar, haklı neden olmaksızın edimlerin yerine getirilmemesi halinde sözleşmenin sona ermiş olduğu ve fesheden tarafın, diğerinin zararını karşılaması gerektiğine dair Fransız Hukuku'nda uygulanan sistemi benimsemişti. Bu görüş için bkz. Saymen, s.604-605; Tolga, s.162. Diğer grup yazar ise haklı neden olmaksızın yapılan feshin sözleşmeyi sona erdirmeyeceğini, işçinin borçlu temerrüdüne düşeceğini ve bunun hukuki sonuçlarının uygulanması gerektiği yönündeki Alman Hukuku sistemini savunmaktaydı. Bu görüş için bkz. Göktürk, s.471; Atabek, s.97 vd.. Oğuzman ise iki sistemin de eleştirilebilecek ve hukukumuz bakımından eksik yönleri olduğuna dikkat çekmekteydi. Bu sistemlere dair ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, **Fesih**, s.137-139. Dolayısıyla yazar, sonuçları itibarıyla Fransız sistemine yaklaşıp da esasında "*haklı neden olmaksızın feshi*" bir hak olarak tanımlamadığından, bu sisteme nazaran farklılık içeren başka bir görüş ileri sürmekteydi. Bu görüşe göre ise haklı neden olmaksızın fesih beyanı ileri süren veya fesih beyanı ileri sürmeksizin sözleşme ile bağlı olmadığını açıklayarak sözleşmeye aykırı davranan taraf, kendi ediminde imkânsızlık yaratmaktadır. Zira işçinin iş görme ediminin, işverenin ise iş verme ediminin cebri icra yoluyla ifası mümkün değildir. Bu nedenle işçi veya işverenin ifadan kaçınması "*kusursuz imkânsızlık*" olarak kabul edilmelidir. Bu görüş için bkz. Oğuzman, **Fesih**, s.143 vd..

⁵⁸² Wilfried Berkowsky, "Aktuelle Probleme des Schadensersatzanspruchs des Arbeitgebers gegenüber dem vertragsbrüchigen Arbeitnehmer", **Der Betrieb**, Heft 34, 1982, s.1772; Popp, s.455; Berger-Delhey, s.2172; Oğuzman, **Fesih**, s.275.

⁵⁸³ Volker Beuthien, "Pauschalierter Schadenersatz beim Vertragsbruch des Arbeitnehmers", **Betriebs-Berater**, 1973/2, s.92; Popp, s.456.

⁵⁸⁴ Beuthien, s.95; Popp, s.456.

⁵⁸⁵ İşK m.17'deki ihbar tazminatı düzenlemesinden farklı bir düzenleme öngörülmesi nedeniyle, TBK m.439'daki düzenlemenin tartışmaya açık ve yerinde bir düzenleme olmadığı yönünde bkz. Çelik, s.7; Soyer, **Sona Erme**, s.16, Güneş, Mutlay, s.276. TBK m.439'da belirlenen tazminatın son derece az

Bu kapsamda cezaî şart kararlaştırılmasına engel bir hüküm de olmadığından, TBK m.439 ile sözleşmede kararlaştırılan cezaî şartın ilişkisi ayrıca ele alınmayı gerektirmektedir.

ii. İşçinin Haksız Feshinin Hukuki Sonuçları İle Cezaî Şart İlişkisi

TBK m.439'a göre işçinin, sözleşmede belirlenen zamanda işe başlamaması veya haklı neden olmaksızın aniden işi bırakması halinde işveren, işçinin aylık ücretinin dörtte birine eşit miktarda tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararların giderilmesini isteme hakkı da mevcuttur. Bu hükmün, İşK'na tâbi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ile TBK'a tâbi hem belirli hem belirsiz süreli sözleşmeler ile çalışan işçilere uygulanabileceği ifade edilmektedir⁵⁸⁶. Bu nedenle belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi bağlamında konu bu başlık altında ele alınacak olup, belirli süreli iş sözleşmesi bakımından ise ileride ayrıca incelenecektir⁵⁸⁷.

TBK m.439 ile benzer bir düzenleme, İsviçre Hukuku'nda OR m.337/d'de yer almaktadır. Buna göre, işçi, kanunda sayılı hallerde iş sözleşmesini haklı sebep olmaksızın ihlal ederse, iş ilişkisi ve dolayısıyla tarafların iş sözleşmesinden kaynaklanan borçları ex nunc olarak sona ermektedir. Yine aynı fıkra, işverenin zararının tazminini talep hakkı olduğuna da dikkat çekilmiştir⁵⁸⁸. İsviçre'de de kanun koyucu, işçinin haksız davranışından dolayı ortaya çıkan zararın ispatlanmasının güç

miktarda bir tazminat olması nedeniyle, Kanun'da öngörülmesine gerek bulunmadığı da savunulmaktadır. Dolayısıyla böylesine az miktarda bir tazminatın bu denli sıkı talep şartlarına bağlanmasının anlamsızlığı, tazminatın 30 günlük hak düşürücü süreye bağlanmasına dair hükmün belirsizliği, hükmün İsviçre Hukuku'ndan alınmasının isabetsizliği ve düzenlemenin gereksiz olduğu yönündeki eleştiriler için ayrıca bkz. Erdem Özdemir, "Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2012, S.27, s.33-34.

⁵⁸⁶ Soyer, **Sona Erme**, s.14; Özdemir, **Yeni Borçlar Kanunu**, s.33.

⁵⁸⁷ Bu konuda bkz. 2. Bölüm, I, D, 2, c.

⁵⁸⁸ İşçinin iş sözleşmesini haksız feshinin iş sözleşmesine etkisi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. ZK-Staehelin, Art.337/d, OR N.6; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/d, N.1; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 337/d, N.1; Vischer, Müller, §24, N.186; Süzek, s.738; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.604-605.

olduğunu dikkate alarak, işçinin aylık ücretinin dörtte birine eşit miktarda götürü tazminat ödemesini düzenlemiştir⁵⁸⁹.

TBK ve mehz OR'da yer aldığı üzere, işveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir (TBK m.439/2, OR m.337/d, 2)⁵⁹⁰. Bu hüküm, zararın tazminine ilişkin genel hükümlerle de uyumludur. Bu indirim, hâkimin takdirine bağlıdır ve “indirilebilir” ibaresi ile mutlaka indirim yapması gerekmediğinin altı çizilmiştir. Böylelikle kanun koyucu, işçinin davranışı sonucu zarar doğmasa bile, işçiye tazminat ödemekle yükümlü tutma olanağını hâkime tanımıştır⁵⁹¹. Bu bakımdan söz konusu hükmün, zararın denkleştirilmesinin yanı sıra cezalandırma işlevine de sahip olabileceği ifade edilmektedir⁵⁹². Bununla beraber hükmün asıl işlevinin, ağırlıklı olarak ekonomik denkleştirme sağlanması olduğu da belirtilmektedir⁵⁹³.

İşçinin, sözleşmede belirlenen zamanda işe başlamaması veya haklı neden olmaksızın aniden işi bırakması halinde işveren, ortaya çıkan zararını, bu zarara neden olan işçiden isteyebilecektir. Fakat ortaya çıkan zararın kapsamına hangi kalemlerin gireceğinin belirlenmesi hem cezaî şartın miktarının aşırılığının tespitinde hem de götürü tazminatı aşan ek zararın talep edilmesinde önemlidir. Nitekim somut olaya göre, işçi tarafından iş sözleşmesinin haksız şekilde ihlali halinde ortaya çıkan zarar, iş ilişkisinin süresi, işçinin nitelikleri ya da işyerine ilişkin diğer nedenlere dayanarak kanunda belirtilen götürü tazminat miktarını aşabilecektir. Böyle bir halde işveren, götürü tazminatı aşan miktarı da elde edebilmek için, iş sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılmasına yönelik büyük bir menfaate sahip olacaktır. Dolayısıyla TBK m.439'da belirtilen sözleşmeye aykırılık hallerine yönelik olarak cezaî şart

⁵⁸⁹ ZK-Staehelin, Art.337/d, OR N.9; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/d, N.2; Nordmann, s.243; Santoro, s.94.

⁵⁹⁰ Fakat bir görüşe göre, hâkime tanınan takdiri indirim yetkisi, tazminatın götürü niteliği ile bağdaşmamaktadır. Bkz. Süzek, s.739.

⁵⁹¹ İşverenin, işçinin haksız olarak işe zamanında başlamamasından veya aniden işi bırakmasından sonra yerine derhal yeni işçi bulmuş olduğunu veya yeni işçi bulmak için çaba göstermeyerek zararın artmasına bilerek neden olduğunu ispatlaması halinde, işçinin ispat yükünü yerine getirdiği kabul edilmektedir. Bkz. Süzek, s.739; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.936; Kaplan, s.227-228.

⁵⁹² BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/d, N.3; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 337/d, N.4; Santoro, s.95.

⁵⁹³ Santoro, s.95.

belirlenmesinin geçerliliği konusu ele alınırken, zararın kapsamına giren kalemlerin de gözetilmesi gerekmektedir⁵⁹⁴.

Türk Hukuku'nda, TBK m.439 kapsamında hangi kalemlerin zararın tazmini içinde sayılacağına yönelik herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Zararın kapsamına giren kalemlerin belirlenmesinde Alman Hukuku'ndaki uygulama örnek alınabilir. Nitekim Alman Hukuku'nda konu, özellikle işçinin sözleşmede belirlenen zamanda işe başlamaması veya haklı neden olmaksızın aniden işi bırakması halinde, işverenin yeni işçi istihdam etmek için gazete ilanı ve benzeri masraflar yapmasının zarar kapsamında değerlendirip değerlendirilemeyeceği noktasında tartışılmaktadır. Temel ölçüt olarak, işçinin davranışının hukuka uygun olması hali ile hukuka aykırı olması hali bakımından aynı zararın ortaya çıkıp çıkmama ihtimali ele alınmaktadır. Buna göre öncelikle işçinin sözleşmeye aykırı davranışı ile sözleşmeye uygun davransaydı ortaya çıkması muhtemel zarar arasında karşılaştırma yapılmalıdır. İşçinin, sözleşmede belirlenen tarihte işe başlaması ve bildirim süresine uyarak sözleşmeyi en kısa sürede feshetmesi halinde, aynı miktarda zarar ortaya çıkması mümkündür. Bu ihtimalde işçinin sözleşmeye aykırı davranması nedeniyle oluşan zarardan sorumlu tutulmaması gerektiği kabul edilmektedir. Fakat aksi ihtimal ile karşılaşılması da her zaman mümkündür. Örneğin işçinin, zamanında işe başlamaması halinde yeni işçi bulmak için yapacağı masraf, zamanında işe başlayıp hukuka uygun olarak sözleşmesini feshetmesi halinde yapacağı masraftan fazla olabilir⁵⁹⁵. Bu durumda işçi bulmak için yapacağı ek masraflar da talep edilebilmelidir.

Yukarıdaki durum dışında işverenin talep edebileceği kalemler bakımından dikkate alınacak diğer bir ölçüt, iki farklı tarih dikkate alınarak, ortaya çıkması beklenen zararların tespiti (Ausfallschaden). Buna göre, dikkate alınacak tarih aralıkları şu şekildedir: işçinin sözleşmede işe başlaması kararlaştırılan tarih ile sözleşmede belirlenen günde işe başlasaydı, sözleşmesini en erken feshedebileceği varsayımsal tarihtir⁵⁹⁶. Bu iki tarih arasında ortaya çıkabilecek zararlara ise şu örnekler verilebilir: aynı nitelikte işçi bulana kadar işin yapılamaması dolayısıyla beklenen

⁵⁹⁴ Santoro, s.94.

⁵⁹⁵ Berkowsky, s.1772-1773.

⁵⁹⁶ Berkowsky, s.1774; Oğuzman, **Fesih**, s.275.

kazanç kaybı veya üretimin aksaması dolayısıyla ortaya çıkan zarar, işverenin üçüncü kişilere karşı geç ifadan doğan cezaî şart ödeme yükümlülüğü, geçici işçi temin edilmesi zorunluluğu dolayısıyla yapılan masraf, geçici işçi temin edilmeyip işin bitmesi için mevcut işçilere fazla çalışma yaptırılması nedeniyle ödenen fazla çalışma ücreti ve buna benzer diğer kalemler⁵⁹⁷. Kuşkusuz taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması amacıyla zarar hesaplanırken, işverenin bu tarih aralığında elde ettiği menfaatler de indirilmelidir. Dolayısıyla işçinin sözleşmede belirlenen zamanda işe başlamaması veya haklı neden olmaksızın aniden işi bırakması dolayısıyla zarardan, işverenin tasarruf ettiği işçinin ücreti, sözleşmede veya kanunda yer alan diğer ödemeler düşürülecektir. Ayrıca işçinin sözleşmeyi haksız feshinde, varsa işverenin müterafık kusuru da indirim sebebi olarak dikkate alınacaktır⁵⁹⁸.

Türk Hukuku'nda da TBK m.439 kapsamına giren zarar kalemleri, Alman Hukuku'nda sayılı örnekler bazında ele alınabilir. Bu zarar kalemleri nedeniyle kanuni götürü tazminat miktarı aşıyorsa, işveren tarafından ek zararın giderilmesinin talep edilebileceği belirtilmektedir⁵⁹⁹. Sonuç itibariyle, işveren tarafından tazmini talep edilebilecek zararın kapsamına, kural olarak sözleşmeye aykırı davranan işçinin neden olduğu tüm zararlar girecektir. Bununla beraber işverenin, işçinin işe başlamaması veya haklı neden olmaksızın aniden işi bırakması dolayısıyla elde ettiği menfaatler ise toplam miktardan düşülecektir⁶⁰⁰. Ek zararın talep edilebilmesi için genel hükümlerdeki ispat kuralları uygulanacaktır. Yani ispat yükü işverendedir⁶⁰¹. Dolayısıyla sözleşmede cezaî şart kararlaştırılması işverenin daha lehine gözükmetedir.

Ek zararın tazminini talep etme hakkı ispat yükünün yer değiştirmesine yönelik bir düzenleme olarak görülse de aslında hükmün temeli ele alınmalıdır⁶⁰². Buna göre kanun koyucu tarafından, taraf menfaatleri dikkate alınmıştır. Buna bağlı olarak sözleşmenin haksız feshine neden olduğu için işçi, ortaya çıkan zararı tazmin etmekle

⁵⁹⁷ Berkowsky, s.1774.

⁵⁹⁸ Berkowsky, s.1774; Oğuzman, **Fesih**, s.275.

⁵⁹⁹ Süzek, s.739; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.935-936. Mülga Kanun döneminde, BK m.96 uyarınca, zararın tazmini bakımından aynı kalemler tazminat hesabında dikkate alınmaktaydı.

⁶⁰⁰ Berkowsky, s.1773-1774. Benzer yönde bkz. Oğuzman, **Fesih**, s.275.

⁶⁰¹ Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 337/d, N.8; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/d, N.2.

⁶⁰² Nordmann, s.243; Santoro, s.95.

yükümlü tutulmuştur. Bu hükmün, zararın tazminine ilişkin genel hükümlerden ayrılan özelliği ise işverenin uğraması muhtemel zararın, işçinin aylık ücretinin dörtte biri kadar ortaya çıkacağına varsayılmasıdır. Bu düzenlemeye göre, haksız fesih dolayısıyla işverenin kanunda belirlenen miktar kadar zarara uğradığı aksi ispat edilebilir bir karine olarak düzenlenmiştir. Nitekim bu hüküm ile işverenin zararını ispat etmesindeki zorluk dikkate alınarak, sınırlı da olsa belirli bir miktar zararının karşılanması amaçlanmaktadır. Bunun dışında, işverenin uğradığı zararın götürü tazminat üzerinde olduğunu iddia etmesi halinde, ek zararını ispatlaması beklenmektedir. Bu karineye karşılık, işçinin de karşı ispat yükü, işverenin zarara uğramadığını veya zararının işçi ücretinin dörtte birinden az olduğunu ispat etmesi şeklinde öngörülmüştür. Bu karşı ispat yükünün kanunda açıkça tanınması, hüküm bakımından işçinin menfaatinin de hesaba katıldığını göstermektedir⁶⁰³.

İşçinin, işverene verdiği zarar ücretinin dörtten birinden az olsa veya hiç zarar ortaya çıkmamış olsa bile işçinin işvereni zor durumda bırakması bir yaptırıma bağlanmaktadır. Buna rağmen işçinin ekonomik durumu hesaba katılarak, tazminat miktarı sınırlandırılmıştır⁶⁰⁴. Bu durumda işçinin, sözleşmede belirlenen zamanda işe başlamaması veya haklı neden olmaksızın aniden işi bırakması halinde, kanundaki düzenleme dışında bir hüküm öngörülüp öngörülemeyeceği konusu, geçerli bir cezaî şart kararlaştırılması bakımından incelenmeye değerdir.

İşçinin haksız olarak işe başlamaması veya aniden işi bırakması haline yönelik olarak kararlaştırılan cezaî şartın geçerliliğinin tespiti bakımından, hükmün hukuki niteliği incelenmelidir. TBK m.439 ile mehaz OR m.337/d'nin lafzı dikkate alındığında işverene tanınan tazminat hakkının hukuki niteliği bakımından açık bir tespate varılamamaktadır. Kanun koyucu, tazminat olarak nitelendirdiği yaptırım bakımından, işçinin ücretinin dörtte birini esas alarak maddi zararın denkleştirilmesini amaç edinmektedir. Bu nedenle burada belirlenen götürü tazminat, cezaî şart ya da manevi tazminat olarak kabul edilmemektedir⁶⁰⁵. Yine belirtilmelidir ki ispatlanan tüm zararın tazmini ile birlikte işçinin ücretinin dörtte biri tutarındaki tazminat kümülatif

⁶⁰³ İşçinin haksız feshinde ispat yükü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ZK-Staehelin, Art.337/d, OR N.9; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/d, N.2; Nordmann, s.243; Rehbinden, §12, N.369; Santoro, s.95.

⁶⁰⁴ Santoro, s.96.

⁶⁰⁵ ZK-Staehelin, Art.337/d, OR N.9.

olarak da talep edilemez. Bu tazminat, ispatlanan tüm zararın içinde yer aldığından denkleştirilmesi gerekmektedir⁶⁰⁶.

İsviçre Hukuku'nda, işçi tarafından sözleşmenin haklı sebep olmaksızın ihlal edilmesinin hukuki sonuçlarına dair OR m.337/d'de yer alan düzenleme, mutlak emredici niteliğe sahiptir. Kanunda ihlalin yaptırımını olarak götürü miktarda tazminat belirlenmesi ya da ek zarar talebinin ispatlanabilen zarar miktarı ile sınırlı tutulması şeklindeki hükümler nedeniyle işverenin, zaten kanunda sayılı tazminatlar dışında talepte bulunma imkânı olmadığı savunulmaktadır. İşverenin sözleşmenin ifasından beklediği tüm menfaatlerin, bu tazminatlarla giderildiği belirtilmektedir⁶⁰⁷. Bunun sonucunda ne işçinin ne de işverenin lehine ya da aleyhine kanuni düzenleme dışında kararlaştırma yapılabilecektir. Dolayısıyla cezaî şart kararlaştırılması da mümkün değildir⁶⁰⁸.

Türk Hukuku'nda ise iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın işçi tarafından feshedilmesi halinde, bazı şartlar ile cezaî şart kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir⁶⁰⁹. Nitekim TBK'da, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda farklı olarak, mutlak ve nispi emredici hükümleri sayma yoluyla belirleyen bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla TBK m.439'u, sadece mehzaz Kanun dikkate alınarak mutlak emredici olarak nitelendirmek kanaatimizce isabetli olmayacaktır⁶¹⁰. Bu nedenle sorun çözümlenirken cezaî şarta ilişkin diğer hükümler, Türk İş Hukuku uygulaması, yorum metotları ve benzeri ölçütler de değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, kanaatimizce cezaî şarta ilişkin olarak kanunda yer alan düzenlemeler ve yargı kararlarında kabul edilen ölçütler bağlamında, işçinin haksız olarak iş sözleşmesini feshetmesi halinde, cezaî şart geçerli olarak kararlaştırılabilecektir. Fakat cezaî şartın geçerliliği, TBK m.420'de yer alan karşılıklılık ilkesine uygun olarak, sadece işçi aleyhine olmamasına bağlıdır. Yargıtay uygulamasına göre, karşılıklılık ilkesi gereği, işçi aleyhine belirlenen cezaî

⁶⁰⁶ ZK-Staehelin, Art.337/d, OR N.11; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/d, N.4.

⁶⁰⁷ ZK-Staehelin, Art.337/d, OR N.17; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/d, N.6; Basler Kom., OR I-Portmann, Art 337/d, N.5.

⁶⁰⁸ Cezaî şart bakımından ileri sürülen görüş için bkz. Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 337/d, N.10; ZK-Staehelin, Art.337/d, OR N.17; BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art 337/d, N.6; Rehbinden, §12, N.371; Vischer, Müller, §24, N.186; Santoro, s.96-97.

⁶⁰⁹ Süzek, s.739, 751-752.

⁶¹⁰ Aksi görüşte bkz. Senyen Kaplan, **İş Hukuku**, s.331.

şartın miktarı, işveren aleyhine belirlenenden daha fazla olmamalıdır⁶¹¹. Bu çerçevede kalmak şartıyla belirlenen cezaî şart, işçi bakımından yine de aşırı bulunuyorsa, TBK m.182/son uyarınca hâkimin takdirine göre indirimde tâbi tutulma olanağı da vardır⁶¹². Belirtilmelidir ki sadece işçi aleyhine olmadıkça, TBK m.439'daki yaptırımlar dışında işçinin cezaî şart ödemesinin kararlaştırılması işçi lehine yorum ilkesine başvurularak geçersiz görülmemelidir. Zira bu hüküm bağlamında esas ölçüt, herhalde işçinin mutlak olarak korunması değil, taraf menfaatlerinin dengelenmesi olmalıdır. Kaldı ki kanun koyucu, hem TBK m.439/2'de hem de TBK m.182/3'de işçinin korunması amacıyla, hâkime indirim yapma yetkisi tanımıştır.

2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Feshi ve Cezaî Şartın Geçerliliği

a. Genel Olarak

Sözleşme taraflarının, belirli bir süre için aralarındaki iş ilişkisini sürdürmeyi borçlandığı bir sözleşme olan belirli süreli iş sözleşmesi, İşK m.11'de, TBK m.430 ve Deniz İşK m.7'de düzenlenmiştir. Basın İşK'da ise 5. maddede belirsiz süreli sözleşmelerden söz edilmiş, fakat belirli süreli sözleşmeye ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Esasen sözleşmenin belirli ve belirsiz süreli şeklinde ayrılmasının önemi, iş sözleşmesinin sona ermesinde ve hukuki sonuçlarında görülmektedir. Bu nedenle kanunda belirli süreli iş sözleşmesinin imzalanmasının belirli şartlara bağlanması, feshi karşı koruma hükümleri ve feshin hukuki sonuçları ile sıkı bir bağ içindedir⁶¹³.

İş Kanunu m.11'e göre, belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması ya da belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif şartlara bağlı olarak, işveren ile

⁶¹¹ Bu yönde bir karar için bkz. Y.9.HD., T.22.02.2016, E.30506/3383, Legal İSGHD, 2016/52, s.2203-2206.

⁶¹² Süzek, s.754.

⁶¹³ Esener, s.215-216; A. Can Tuncay, "İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri", **Yeni İş Yasası Sempozyumu**, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2003, s.128; Alpagut, s.7; aynı yazar, **Asgari ve Azami**, s.101; aynı yazar, **Türk Borçlar Kanunu**, s.929; Senyen Kaplan, **İş Hukuku**, s.92.

işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir⁶¹⁴. Esaslı bir neden olmadıkça, bu sözleşme birden fazla üst üste yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sözleşme olarak kabul edilir⁶¹⁵.

Belirli süreli iş sözleşmesi kural olarak sürenin dolması ile kendiliğinden sona erer. Bu nedenle de kararlaştırılan süre dolmadan belirli süreli iş sözleşmesinin feshedilmesi mümkün değildir⁶¹⁶. Bunun nedeni ise ahde vefa ilkesidir (*pacta sunt servanda*). Ahde vefa ilkesi dolayısıyla feshin mümkün olmamasının istisnası haklı nedenle fesihtir⁶¹⁷. İş sözleşmesinin kararlaştırılan süre boyunca devam etmesini engelleyen şartların ortaya çıkması ile sözleşme taraflar için çekilmez hale gelmişse, sürenin bitiminden önce haklı fesih yoluna gidilebilecektir. Bununla beraber haklı neden yoksa, sözleşmenin haksız feshine ilişkin hukuki sonuçlar uygulanacaktır⁶¹⁸.

⁶¹⁴ TBK m.430'da belirli süreli hizmet sözleşmesinin tanımına yer verilmemiştir. Bu hüküm doğrudan belirli süreli sözleşmenin sona ermesi ile başlamaktadır: “*belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer.*”. Devamındaki fıkralarda ise zincirleme olarak devam etmesi ve belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi halleri düzenlenmiştir. Deniz İş Kanunu m.7’de ise belirli süreli iş sözleşmesi, “*hizmet akdi belirli bir süre veya sefer için yahut süresiz olarak yapılabilir.*” şeklinde ifade edilmiş ve devam eden fıkralarda sona erdiği haller düzenlenmiştir. Türk Hukuku’nda belirli süreli iş sözleşmesinin şartları ve sınırlandırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Münir Ekonomi, “4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I)-Kavram Süre ve Yenileme-“, **Legal İSGHD**, 2006/9, s.24 vd.; Tuncay, **Yeni İstihdam**, s.127 vd.; Güzel, s.256; Narmanlıoğlu, s.5; Alpagut, s.57 vd; aynı yazar, **Asgari ve Azami**, s.103 vd.; aynı yazar, “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Mess Merccek Dergisi**, Ocak 2004, s.77 vd.; Savaş Taşkent, “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Üzerine-Tekrar”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2009, S.13, s.8-9; aynı yazar, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi”, **Legal İSGHD**, 2006/9, s.38-39; aynı yazar, : “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2008, S.9, s.16 vd.; Ertürk, s.225 vd.; Çil, s.37 vd.. İsviçre Hukuku’nda belirli süreli iş sözleşmesinin şartları için bkz. Nordmann, s.27.

⁶¹⁵ Bu hukuki sonucun, işçi aleyhine olabileceği, özellikle işçinin sözleşmenin belirsiz süreli kabul edilmesiyle, bakiye süre ücreti ile sözleşmede kararlaştırılan cezaî şarttan mahrum kalacağı şeklindeki gerekçelerle eleştirisi için bkz. Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.118; aynı yazar, **4857 sayılı Yasa**, s.85.

⁶¹⁶ Nordmann, s.27; Geiser, Müller, §2, N.541. Türk Hukuku’nda belirli süreli iş sözleşmesinin genel olarak sona ermesi hali için bkz. Elbir, s.95-96; Esener, s.216; Süzek, s.528; Güzel, s.257; Soyer, **Cezai Şart**, s.363; Tunçomağ, Centel, s.194-197; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.184; Alpagut, s.157 vd.; aynı yazar, **4857 sayılı Yasa**, s.88; Narmanlıoğlu, s.6 vd.; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.27-28; Senyen Kaplan, s.214-216; Mahmut Kabakçı, “Belirli Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2011, s.134; Ayan, s.463, 468-469; Karaçöp, Yamakoğlu, s.127.

⁶¹⁷ BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 335, N.14; A.Can Tuncay, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Kararın İncelenmesi”, **Legal İSGHD**, 2011/31, s.905; Güzel, s.257; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.28; Senyen Kaplan, s.216; Kabakçı, **Bakiye Süre**, s.134-135; Mikdat Güler, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Legal İSGHD**, 2005/5, s.66.

⁶¹⁸ Esener, s.219-220; Tuncay, s.903; Güzel, s.257-258; Senyen Kaplan, s.217; Alpagut, s.175 vd.. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde işçinin, belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle süresinden önce feshi halinde talep edebileceği tazminat için hangi kanuni dayanağa sahip olduğu konusunda verilen bir

Belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinin hükümleri İş Kanunu'nda düzenlenmemiş olup, TBK m.430'da (OR m.334) bu konuya ilişkin hukuki sonuçlara yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca, belirli süreli iş sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın sürenin bitiminde kendiliğinden sona ermektedir. Belirli süreli sözleşme devam ederken, kuşkusuz taraflar anlaşarak sözleşmenin sona ermesine karar verebilirler⁶¹⁹. Dolayısıyla feshe karşı korumaya ilişkin hükümler ile olağan feshe ve fesih bildirim sürelerine ilişkin hükümler, belirli süreli sözleşmenin sona ermesinde uygulama alanına sahip değildir⁶²⁰.

İş ilişkisindeki bağımlılık unsuru nedeniyle, iş sözleşmesi imzalanırken genellikle işçi, işverenin baskısına daha açıktır. Kanun koyucu tarafından bu husus işçiyi koruma ilkesi çerçevesinde gözetildiğinden, kanun hükümleri daha çok nispi emredici nitelik taşımaktadır. Bu nedenle fesih hakkının işçi aleyhine sözleşmeler ile sınırlandırılması genellikle mümkün değildir⁶²¹. Fakat işçiyi belirli süre istihdam etmek amacıyla imzalanan belirli süreli iş sözleşmesi, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır⁶²². Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshi halinde, sözleşme taraflarının cezaî şart ödenmesine yönelik bir anlaşma yapmaları, doktrinde mümkün kabul edilmektedir⁶²³. Nitekim alacaklının, genel hükümlere dayanarak aynen ifa veya tazminat talep edebilmesi için, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı sonucunda ortaya çıkan zararı ve miktarını ispat etmesi gerekmektedir. Oysaki sözleşmede cezaî şart kararlaştırılması halinde alacaklı, zararı ve miktarı ispat etmeksizin cezaî şart talep edebilecektir. Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız olarak feshedilmesi haline yönelik cezaî şart kararlaştırılması,

Yargıtay kararını değerlendiren Kabakcı, bu kararda uygulamada ve mahkeme kararlarında yapılan bir yanlışın düzeltilmesini isabetli bulmuştur. Bu karara göre, belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle bildirimsiz olarak fesheden işçi, BK m.325'e değil, bu konuya ilişkin açık düzenleme öngören BK m.345'e (TBK m.437) dayanmalıdır. Bu noktada tazminatın belirlenmesinde bir ölçüt olarak BK m.325'den yararlanılabilecektir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.20.12.2010, E.2010/15688, K.2010/38732 ve kararı isabetli bulan değerlendirme için bkz. Kabakcı, **Bakiye Süre**, s.136. Ayrıca aynı yönde bkz. Çil, s.61-62.

⁶¹⁹ BK-Rehbinder, Stöckli, OR Art. 335, N.14; Alpagut, s.158; Narmanlıoğlu, s.20-21; Senyen Kaplan, s.216; Karaçöp, Yamakoğlu, s.127.

⁶²⁰ Nordmann, s.27; Alpagut, s.160; Elbir, s.96; Ayan, s.463-464.

⁶²¹ Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.91.

⁶²² Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.91-92; Alpagut, s.194.

⁶²³ Alpagut, s.193 vd.; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.28; Santoro, s.97-98.

alacaklının menfaatinedir. Ancak tekrar belirtilmelidir ki fesih hakkının özüne dokunacağından, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı nedenle feshine yönelik cezaî şart kararlaştırılamaz⁶²⁴.

Cezaî şartın miktarına ve indirilmesine ilişkin bölümde ayrıntılı olarak ele alınmış olmakla birlikte⁶²⁵, bu noktada hatırlatılmalıdır ki Yargıtay, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin, iş sözleşmesini haksız feshetmesi halinde ödemesi gereken cezaî şartın, çalışılan ve çalışılmayan süreye göre oranlanması gerektiğine karar vermektedir. Hatta bu oranlamaya rağmen cezaî şartın yine de miktar olarak aşırı olması halinde, ek olarak hakkaniyete uygun bir indirim uygulanmasını da kabul etmektedir⁶²⁶. Çalışma süresi ile orantılı böyle bir indirim yapılması için cezaî şartın

⁶²⁴ Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.92; Alpagut, s.193-194. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin belirli süreli sözleşmenin süresinden önce feshine dair verdiği bir kararı değerlendiren Alpagut, kararın gerek gerekçesi gerek sonucu bakımından isabetli bir karar olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Yüksek Mahkeme, TMSF'ye devredilen tasfiye halindeki bankada çalışan işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanarak feshedildiğinden, işçinin iş sözleşmesinin devamında BK m.117 gereği ifa engeli bulunduğ; dolayısıyla sözleşmenin süresinden önce haksız feshi halinde ödenmesi kararlaştırılan cezaî şart isteminin reddi yönünde karara varmıştır. Oysa ki somut olaydaki sözleşme belirli süreli iş sözleşmesi olup, bu tür sözleşmeler haklı neden olmadıkça ancak sürenin dolması ile sona ermektedir. Dolayısıyla geçerli neden, belirli süreli sözleşmenin değil; belirsiz süreli sözleşmenin feshinde söz konusu olabilmektedir. Kaldı ki kararda kusursuz ifa imkânsızlığı olduğu gerekçesine de dayanılmıştır. Hâlbuki Borçlar Hukuku çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmede, somut olaydaki imkânsızlık, işveren bankanın kusuruna dayanmaktadır. Bu nedenle BK m.117 değil BK m.96'nın uygulanması söz konusu olabilecektir. Ayrıca kusuru ile ifayı imkânsız kılan işverenin haklı nedenle fesih hakkı da olmaz. Bu noktada haklı nedenle fesih hakkı, İşK m.24/3 uyarınca işçidedir. Sonuç olarak işverenin kusurlu imkânsızlığı nedeniyle belirli süreli sözleşmenin işverence feshi, haksız fesihtir. Haksız feshin hukuki sonucu ise BK m.325 kapsamında bakiye süre ücreti tutarında tazminat ödenmesidir. Yine belirli süreli iş sözleşmesinin işverence haksız feshi halinde sözleşmede kararlaştırılan cezaî şart da talep edilebilecektir. Bkz. Y.9.HD., T.22/01/2004, E.2003/22636, K.2004/534 ve ayrıca değerlendirme için bkz. Gülsevil Alpagut, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi ve İfa İmkânsızlığı", **Legal İSGHD**, 2005/6, s.655 vd. Yargıtay'ın bu kararı kanaatimizce de isabetsizdir. Yargıtay'ın farklı yönde başka bir kararında ise bankanın kusuru ile TMSF tarafından faaliyetinin durdurulması işlemi, BK m.117 anlamında ifa imkânsızlığı olarak kabul edilmeyip, işverenin kusuru bulunduğu kabulü ile temerrüt hükümlerine başvurulmuştur. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.27.09.2005, E.2004/8555, 2005/31427, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 21.07.2017. Ayrıca her iki kararın değerlendirilmesi için bkz. Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.128-130.

⁶²⁵ Bkz. 1.Bölüm, IX-X.

⁶²⁶ Y.21.HD., T.17.02.2016, E.2016/35041, K.2016/4254, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.06.2017; Y.9.HD., T.17.01.1991, E.1991/9157, K.1991/189, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.06.2017. Ayrıca bkz. Çil, s.63. Hatta son dönemlerde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu uygulamasını, TBK m.182'deki aşırı miktardaki cezaî şartta hâkimin indirim yapma yetkisine dayandırdığı görülmektedir. Buna göre, bir kararda aynen şu ifadelere yer verilmiştir: "...*Borçlar Kanunun 161/son maddesinde ise, fahiş cezaî şartın hâkim tarafından tenkis edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İş hukuku uygulamasında işçi aleyhine cezaî şart düzenlemeleri bakımından konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Şart ve ceza arasındaki ilişki gözetilerek, işçinin iktisadi açıdan mahvına neden olmayacak çözümlere gidilmelidir. İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürelerle göre oran kurularak indirime gidilmelidir...*". Bu karar için bkz. Y.9.HD., T. 07.03.2016, E. 2014/32706, K. 2016/4958, (Çevrimiçi)

aşırı olması bile aranmamaktadır⁶²⁷. Bu durum ise adalete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Nitekim cezaî şart aşırı olmasa bile, kanunda yer almayan bir ölçüte dayanılarak işçinin çalışmadığı süre oranında indirim yapılmaktadır. Hatta cezaî şartın aşırı olması halinde, kanuna dayalı olarak indirim yapılmasının yanı sıra, bir de çalışılan ve çalışılmayan süreyle orantı kurulması sonucu çifte indirim uygulanması eleştiriye açıktır⁶²⁸. Böyle bir uygulama ise kanaatimizce, hâkimin indirim yetkisini kullanırken, kanun gereği dikkate alması gereken ölçütlerin ve olayın özelliklerinin dışında bir indirim sisteminin doğmasına neden olabileceğinden, sakıncalıdır⁶²⁹. Bu husus doktrinde eleştirilse de isabetsiz şekilde yerleşik uygulama haline gelmiştir⁶³⁰.

Yargıtay, belirli süreli iş sözleşmesinde fesih dışı bir edimin işveren tarafından yerine getirilmemesinin cezaî şarta bağlandığı bir uyuşmazlıkta, kanaatimizce isabetsiz bir sonuca varmıştır. Nitekim sözleşmede, işveren tarafından ücretin az ödenmesi hali için cezaî şart kararlaştırılmıştır. İşveren, ücreti eksik ödediği için işçi cezaî şart talep etmektedir. Fakat Yargıtay, işveren tarafından işçiye ödenmesi gereken cezaî şartın miktarını belirlerken de işçinin çalıştığı ve çalışmadığı süreyi dikkate alarak oranlama yapma yoluna gitmiştir⁶³¹. Halbuki söz konusu uygulama kanunda yer

www.lexpera.com.tr, 20.03.2018. Benzer başka bir karar için bkz. Y.7.HD., T.17.05.2016, E.2016/8903, K.2016/10859, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.06.2017.

⁶²⁷ Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.67; Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.93; aynı yazar, s.733; Çil, s.62-63.

⁶²⁸ Alpagut, s.200. Aksi görüşte bkz. Süzek **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.93.

⁶²⁹ Yargıtay'ın cezaî şart bakımından, işçinin çalışmadığı süreye denk gelen kısmını ödemesi gerektiği yönündeki kararlarını, sosyal açıdan isabetli bulan yazarlar da vardır. Fakat bu görüşteki bir yazar, bir ayırım yaparak Yargıtay'ın çalışma süresine göre oranlama yapılması şeklindeki kararlarını, işveren tarafından ödenmesi gereken cezaî şart bakımından isabetli bulmamaktadır. Bu durumda sadece cezaî şartın aşırı olması nedeniyle, TBK m.182/3 uyarınca indirim yapılabileceğini kabul etmektedir. Bu görüş için bkz. Baycık, **Cezai Şart**, s.21-22; aynı yazar, **Değerlendirme 2016**, s.168. Benzer yönde bkz. Süzek, s.733.

⁶³⁰ İşçi aleyhine kararlaştırılan cezaî şart bakımından çalışılan ve çalışılmayan süreye bağlı orantılama yapılmasını eleştiren yazarlar da vardır. Bkz. Alpagut, s.200; Karagöz, s.151-152.

⁶³¹ Bu kararda davacı, davalı şirkette Veteriner Hekim İş Sözleşmesi imzalayarak çalışmaktadır. İş sözleşmesinin 8. maddesinde "ücretin sözleşmede belirtilenden daha az ödenmesi halinde veteriner hekimin 15 aylık net ücret alacağı kendisine işveren tarafından tazminat olarak herhangi bir hüküm istihsaline gerek kalmaksızın ödenecektir" şeklindeki düzenlemeye dayanarak eksik ödenen ücreti dolayısıyla işverenden cezaî şart talep etmektedir. Yüksek Mahkeme "... taraflar arasındaki sözleşme 1 yıllık olup, cezaî şart miktarı ise 15 aylık ücret tutarında öngörülmüştür. Hükmüne uyulan bozma kararında, hüküm altına alınacak cezaî şart miktarının çalışılan ve çalışılmayan sürelerin oranlanması suretiyle belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Davacı 9 ay çalışmış olup, çalışılmayan süre ise 3 aydır. Buna göre, davacı sözleşmedeki sürenin 3/4'ü oranında çalışmış, 1/4'ü oranında ise çalışmamıştır. 15 aylık cezaî şartın miktarı ise 31.500,00 TL. olup, bozma ilamında belirtildiği şekilde çalışılmayan süreye oranlandığında kalan miktar 7.875,00 TL dir..." şeklinde kanaatimizce isabetsiz bir gerekçeyle bozma kararı vermiştir. Bu karar için bkz. Y.9. HD.,T.20.03.2017, E. 2017/1760, K. 2017/4282,

almamakta olup, sadece hâkimin aşırı bulduğu cezaî şarta dair indirim yetkisini kullanırken dikkate alabileceği bir ölçüt olarak görülebilecektir.

Yargıtay'ın bahsi geçen kararında görüldüğü üzere, çalışılan süre ile orantı kurularak indirim uygulamasını, işveren aleyhine kararlaştırılan cezaî şart için de kabul etmesi, cezaî şartın işveren üzerindeki baskı işlevini yitirmesine yol açabilecektir. Kaldı ki cezaî şart kararlaştırılmasındaki amaç, sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Sadece belirli bir süre çalışılmış olsa bile, sözleşmede cezaî şartın doğmasına yol açan olay gerçekleştiği an, aşırı miktarda olmadıkça cezaî şartın tamamının talep edilmesi mümkün görülmelidir. Yapılması gereken husus yukarıda da ifade edildiği gibi, gerek işçi gerek işveren aleyhine cezaî şartın miktarının uygunluğu ölçülürken, kanun hükümleri çerçevesinde kalınmasıdır. Dolayısıyla çalışılan ve çalışılmayan süre dikkate alınarak orantı kurulması şeklindeki uygulama, TBK m.182/3 uyarınca hâkim tarafından aşırı cezaî şartın indirilmesinde sadece bir ölçüt olarak ele alınmalıdır. Yoksa Yargıtay'ın kararlarında görüldüğü üzere somut olayın özellikleri dahi göz önünde bulundurulmaksızın, mutlak bir uygulama haline getirilmemelidir.

b. İşveren Tarafından Haksız Fesih ve Cezaî Şart

(1) 818 sayılı Borçlar Kanunu Döneminde

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız feshinin hukuki sonucu olarak, Borçlar Kanunu ile İş Kanunu'nda herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Dolayısıyla bu dönemde, belirli süreli iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bir haksız fesih işlemi olarak mı veya ifa imkânsızlığı olarak mı yoksa işverenin temerrüdü olarak mı değerlendirilmeli konusu oldukça tartışılmıştır. Nitekim her üç görüş bakımından farklı hukuki sonuçlar ortaya çıktığından, bu konu doktrinde ve yargı kararlarında uzun yıllar ele alınmıştır⁶³².

(Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 20.03.2017. Aynı yönde bkz. Y.9.HD., T.26.09.2012, 23475/31856, Değerlendirme 2012, s.80 vd..

⁶³² Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, **Fesih**, s.143 vd.; Öner Eyrenci, **Ekonomi-Ulucan İş Hukuku Uygulaması: Kararlar ve İncelemeleri**, İş Hukuku Yayınları, İstanbul, 1979, İHU 1979, İşK 9, (No.2); Tuncay, s.905-908; Narmanlıoğlu, s.14-16; Alpagut, s.177 vd.; aynı yazar,

Bu tartışmalar çerçevesinde, Yargıtay tarafından bazı istisnai kararlar verilmiş olsa da çoğunlukla sözleşmenin fesih ile sona erdiği sonucuna varılmaktaydı. Bunun yanı sıra yaptırım olarak işverenin temerrüdüne ilişkin BK m.325 hükmünün uygulanması kabul edilmekteydi. Fakat bu hükmün doğrudan değil, kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmekteydi. Bununla birlikte BK m.325'deki yaptırımın türünün, ücret mi tazminat mı olduğu konusunda Yargıtay kararlarında bir birlik yoktu⁶³³. Bu hükme göre işçi, işveren işi kabulde temerrüde düşerse, taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın bakiye süre ücretini veya diğer görüş uyarınca, bakiye süre ücreti tutarında tazminatı isteyebilecekti. Fakat işçi, işi yapmadığı için tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı veya kazanmaktan kasten feragat ettiği geliri mahsup etmek zorunda tutulmuştu. Kısacası işçi, işverenin belirli süreli iş sözleşmesini haksız feshetmesi halinde, bakiye süre ücreti/tazminatı talep edebilecek; fakat kanunda sayılı kalemleri bu tutardan mahsup edecekti⁶³⁴.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshine yönelik olarak, tarafların sözleşmede cezaî şart kararlaştırması doktrinde geçerli kabul edilmekteydi⁶³⁵. Fakat cezaî şart kararlaştırılmasının, BK m.325'den doğan işçinin bakiye süre ücreti tutarında tazminat talep edebilmesini engelleyici niteliğe sahip olup olmadığı veya ikisinin birlikte talep

İfa İmkansızlığı, s.659; aynı yazar, **Asgari ve Azami**, s.119-120; aynı yazar, **4857 sayılı Yasa**, s.90; Soyer, **Cezai Şart**, s.365-366; Senyen Kaplan, s.218 vd.; Kabakcı, **Bakiye Süre**, s.135; Çil, s.60; Ayan, s.471-474; Güler, s.68-70.

⁶³³ Yargıtay'ın tazminat görüşünü yansıtan bir karar için bkz. Y.9HD., T.19.09.2003, E.2003/2296, K.2003/14832, Legal İHSGHD, S.4, s.1465. Yargıtay'ın ücret görüşünü yansıttığı, ancak ücrete ilişkin esasların uygulanmayacağına hükmettiği bir kararı ve kararın, Şahlanan tarafından incelemesi için bkz. Y.9.HD., T.21.05.2009, E.2007/41429, K. 2009/13673 ve Fevzi Şahlanan, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haklı Bir Neden Olmaksızın İşverence Feshi (Karar İncelemesi-Aralık 2009)", **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s.291-296. Yargıtay'ın işçinin gerçek ücreti saptanarak, BK m.325'deki mahsup hükmünün uygulanması yönünde verdiği başka bir karar ve kararı isabetli bulan değerlendirme için bkz.Sarper Süzek, "Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtayın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, İstanbul 1991, s.44-46. Ayrıca bkz. Y.9.HD., T.04.11.2010, E.2008/40012, K. 2010/31664, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 20.07.2017.

⁶³⁴ İşveren tarafından belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshine yönelik, BK m.325'deki kıyasen uygulanması kabul edilen hukuki yaptırımın niteliğinin tazminat mı yoksa ücret mi olduğu yönündeki tartışmaya dair ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, **Fesih**, s.143; Esener, s.215-216; Tuncay, s.905 vd.; Şahlanan, **İşveren Feshi**, s.295-296; aynı yazar, **Değerlendirme 2012**, s.77 vd.; Alpagut, s.177 vd.; aynı yazar, **İfa İmkansızlığı**, s.659-660; Senyen Kaplan, s.218; Çil, s.60-61; Ayan, s.473-474.

⁶³⁵ Alpagut, s.196; aynı yazar, **İfa İmkansızlığı**, s.664; aynı yazar, **Asgari ve Azami**, s.123; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.30; Ayan, s.478.

edilip edilemeyeceği konusu tartışmalıydı. Bahsi geçen konu ele alınırken, öncelikle belirtilmelidir ki BK m.325 hükmü nispi emredici niteliğe sahipti. Bunun sonucu olarak tarafların aralarında yapacakları bir anlaşma ile BK m.325’de yer alan tazminatı tümünden ortadan kaldırmaları veya kanunda belirtilen miktarın altında belirlemeleri geçerli değildi. Bununla birlikte belirli süreli iş sözleşmesinin, işveren tarafından haksız feshine yönelik kararlaştırılan cezaî şartın, bu hükme aykırılık oluşturmadığı kabul edilmekteydi⁶³⁶. Zira BK m.158 uyarınca, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça cezaî şart seçimlikti. Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine yönelik kararlaştırılan seçimlik cezaî şart, işçinin dilerse borcun ifasını dilerse cezaî şartın ifasını talep hakkı sağlamaktaydı. İş sözleşmesinin feshinden sonra borcun ifası talep edilemeyeceğinden, belirli süreli sözleşmenin feshinde bakiye süre ücreti/tazminatı, ifa yerine geçmekteydi. Dolayısıyla sözleşmede cezaî şart kararlaştırılması halinde, işçi kural olarak, dilerse BK m.325’deki tazminatı, dilerse tazminat talep etmeyerek sözleşmede kararlaştırılan cezaî şartı isteyebilecekti. Bunun yanı sıra taraflar, sözleşmede açıkça yer vermek suretiyle, BK m.325 uyarınca talep edebilecekleri tazminata ek olarak, cezaî şart ödenmesini de ifaya eklenen cezaî şart olarak kararlaştırabilecekti⁶³⁷.

Cezaî şart ile birlikte bakiye süre ücreti talep edilip edilemeyeceği konusunda Yargıtay kararlarına bakıldığında, sözleşmede kararlaştırılmış olan cezaî şartın, sözleşmenin bakiye süresine ait ücretten farklı bir yaptırım olduğuna dikkat çekildiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme bu dönemde, taraf iradesini dikkate alarak işçinin hem BK m.325’deki tazminatı hem de cezaî şartı talep edebileceği sonucuna, ifaya eklenen cezaî şart hükmüne dayanarak varmaktaydı. Dolayısıyla şartlar var ise her iki hukuki yaptırımın birlikte talep edilebileceği yönünde doktrinde eleştirilere neden olan kararlar vermektedir⁶³⁸.

⁶³⁶ Alpagut, s.196; aynı yazar, **İfa İmkansızlığı**, s.664; aynı yazar, **Asgari ve Azami**, s.123-124; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.30.

⁶³⁷ Alpagut, s.196-197; aynı yazar, **Asgari ve Azami**, s.123-124; aynı yazar, **Türk Borçlar Kanunu**, s.933; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.30-31; Baycık, **Cezai Şart**, s.16-17. Karş. Çil, s.63-64. Cezai şart türleri arasında ayırım yapmaksızın işveren tarafından belirli süreli iş sözleşmesi haksız feshedilen işçinin, diğer tazminatlar dışında ek olarak sözleşmede kararlaştırılmış bulunan cezaî şartı da ayrıca isteyebileceği yönünde bkz. Ayan, s.478.

⁶³⁸ Bu kararlar için bkz. Y.9. HD., T.07.03.2016, E.2014/32706, K. 2016/4958, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 20.03.2018Y.9.HD., T.26.09.2012, 23475/31856 ve kararı cezaî şarta ilişkin

Yargıtay, bir kararında bakiye süre ücreti ile cezaî şartın birlikte istenip istenemeyeceği sorununu değerlendirirken “...İşçinin bakiye süre ücreti ölçüt alınarak kararlaştırılmış olan cezaî şarttan başka, sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin de Borçlar Kanununun 325 inci maddesine göre talep edilip edilemeyeceği sorununa değinmek gerekir ki, koşulların varlığı halinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin ayrıca talep edilebileceği kabul edilmelidir. Gerçekten, Borçlar Kanununun 158/II maddesine göre, borcun belli zaman ve yerde ifa edilmemesi hali için cezaî şart kararlaştırılmışsa, alacaklı hem ifa hem de cezaî şartı talep edebilecektir...” şeklindeki ifade ile mülga Kanun’un 158/2 maddesine (TBK m.179/2) dayanmıştır⁶³⁹. Oysa ki taraflarca sözleşmede ayrıca bir kararlaştırma yapılmadıkça, BK m.158/2’de bahsi geçen borcun belirli zaman veya yerde ifa edilmemesi halinin, belirli süreli sözleşmenin süresinden önce haksız feshinde uygulanması kanaatimizce mümkün değildi. Zira BK m.158/2, fesih haline yönelik bir düzenleme değildi.

Yargıtay’ın cezaî şartı, ifaya eklenen cezaî şart sayarak hem ifanın hem de cezaî şartın talep edilmesi yönündeki tespiti doktrinde de eleştirilmekteydi. İfaya eklenen cezaî şartın sözleşmede taraflarca kararlaştırılabildiği; böyle bir kararlaştırma yapılmamış ise sözleşmenin zamanında veya yerinde ifa edilmemesi haline yönelik bir hüküm olduğuna dikkat çekilmekteydi⁶⁴⁰. Zira işveren tarafından belirli süreli sözleşmenin haksız feshinin, işçiye BK m.325’deki tazminat veya sözleşmede kararlaştırılan cezaî şart arasında bir seçimlik talep hakkı verdiği şeklinde

tespitler yönünden isabetli, fakat ifaya eklenen cezaî şart yönünden ise iş sözleşmesinin niteliğine aykırı bularak, esasen seçimlik cezaî şart olması gerektiği gerekçesiyle eleştiren görüş için bkz. Şahlanan, **Değerlendirme 2012**, s.84-85. Başka bir eleştiri için bkz. Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.30-31. Ayrıca bkz. Y.9.HD., T.25.02.2010, E. 2008/18992, K.2010/ 4977, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 22.08.2017 ve kararı cezaî şarta ilişkin tespitler yönünden isabetli, fakat ifaya eklenen cezaî şart olarak değerlendirilmesi yönünden isabetsiz bulan başka bir inceleme için bkz. Gülsevil Alpagut, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010**, Ankara, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, Başbakanlık Basımevi, 2102, s.56-58. Y.9.HD., T. 21.01.2010, E.2009/46225, K.2010/604, Çalışma ve Toplum, 2010/26, s.445 vd. Bu kararları isabetli bulan görüş için bkz. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Türk İş Hukuku’nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.363-364. Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarında, haksız fesih halinde bakiye süre ücreti tutarında ücret ödenmesine yönelik hükmünü, cezaî şart sayması ise doktrinde isabetli bulunmaktadır. Bu görüş için bkz. Şahlanan, **Cezai Şart**, s.360; Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.124-125.

⁶³⁹ Y.7.HD., T.17.02.2014, E.2013/19815, K.2014/4012, Çalışma ve Toplum, 2015/1, s.402-406. Aynı yönde bkz. Y.9.HD., T. 21.01.2010, E.2009/46225, K.2010/604, Çalışma ve Toplum, 2010/26, s.445 vd..

⁶⁴⁰ Şahlanan, **Cezai Şart**, s.360; Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.124-125; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.30; Baycık, **Cezai Şart**, s.16-17.

değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi. Nitekim sözleşme feshedildiği için artık borcun ifası talep edilemez. Fakat amacı ve kanunda düzenleniş şekli gereği, bakiye süre ücreti tutarında tazminat, burada borcun ifası yerine geçen bir edimdir. Dolayısıyla mülga Kanun döneminde kanaatimizce de taraflarca aksine bir düzenleme öngörülmedikçe, belirli süreli sözleşmenin haksız feshine uygulanması gereken hüküm, BK m.158/1'deki seçimlik cezaî şart hükmüydü. İşçi ya cezaî şartı ya da bakiye süre ücreti tutarında tazminatı talep edebilecekti⁶⁴¹.

Belirli süreli sözleşmenin işveren tarafından haksız feshine dair yapılan açıklamalar göstermektedir ki, sözleşmede kararlaştırılan cezaî şart, BK m.325'in nispi niteliği bakımından işçi aleyhine sonuç doğurmamaktaydı. Hatta işçiyi ispat yükünden kurtarması dolayısıyla lehine bulunmaktaydı. Ancak işçinin, cezaî şart talep ettiği durumlarda, BK m.325/2'deki mahsup hükmünün uygulama alanı bulmaması gerektiği savunulmaktaydı⁶⁴². Nitekim bu halde BK m.161/son (*TBK m.182/3*) hükmü uyarınca, aşırı miktarda cezaî şartta indirim yapılması düzenlemesi söz konusu olabilecekti. Bu indirim yetkisi, cezaî şartın BK m.325'de yer alan tazminata dayalı olarak belirlenmesi halinde bile ortadan kalkmayacaktı⁶⁴³. Fakat kanundaki hükmün tekrarı şeklinde bir düzenlemenin, cezaî şart olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunan başka bir görüş de vardı. Bu halde bakiye süre ücreti tutarında tazminattan söz edileceği için, indirim yönünden bu hale özgü olarak BK m.325 hükmünün uygulanması kabul edilmekteydi⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ Bu görüş için bkz. Şahlanan, **Cezai Şart**, s.360; aynı yazar, **Değerlendirme 2012**, s.84-85; Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.124-125; aynı yazar, **Türk Borçlar Kanunu**, s.933; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.30; Baycık, **Cezai Şart**, s.16-17.

⁶⁴² Alpagut, s.197, Çil, s.63.

⁶⁴³ Alpagut, s.197, 199; aynı yazar, **Asgari ve Azami**, s.124; Çil, s.63. Bu konuda bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ve incelenmesi için bkz. YHGK, T.06.10.1978, e.1977/9-101, k.1978/800, Halid Kemal Elbir, **Ekonomi-Ulucan İş Hukuku Uygulaması: Kararlar ve İncelemeleri**, İş Hukuku Yayınları, İstanbul, 1979, İHU 1979/II, İŞK 9 (No.3). Aksi yönde bir karar için bkz. Y9.HD., T.09.10.1984, 7303/8690, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 1985, S.87, s.21-22. Bu durumda çalışılan süre ile bakiye süre oranlanarak bulunan cezaî şart miktarının da aşırı olabileceği ve BK m.161/son gereğince indirimde gidilmesi de mümkün kabul edilmekteydi. Bkz.Y.9.HD., T.17.01.1991, E.1990/9157, K.1991/189, Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 1991, s.15-16.

⁶⁴⁴ Çil, s.63. Bu noktada belirtilmelidir ki sözleşmede cezaî şartın, bakiye süre ücreti tutarında veya katları olarak belirlendiği hallerde, öncelikle sözleşmedeki ifadeye bağlı olarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu husus, özellikle hangi indirim hükmünün uygulanması gerektiği bakımından önem kazanmaktadır. Eğer yapılan değerlendirmede açık bir sonuca varılamıyorsa bir ayrıma gidilmelidir. Özellikle cezaî şart ifadesi içermeksizin, sadece sözleşmeye aykırı davranış halinde kanun düzenlemesini aynen tekrar eden ifadeler ile bakiye süre ücreti tutarında tazminat ödeneceği belirtilmesi

(2) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Döneminde

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız feshinin hukuki sonucuna yönelik olarak ilk kez açık bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre, TBK m.438/1 uyarınca işçi, bakiye süre ücreti tutarında tazminat talep edebilecektir. Ayrıca hâkim, bütün durum ve şartları dikkate alarak haksız fesih tazminatı ödenmesine de karar verebilecektir. TBK m.438'de iki ayrı hukuki sonuç düzenlendiğinden, bu iki ayrı tazminatın cezaî şart ile ilişkisi ayrı başlıklar altında incelenecektir.

i. Bakiye Süre Ücreti Tutarında Tazminat Bakımından

Kanunun 438. maddesinde, işveren haklı sebep olmaksızın iş sözleşmesini feshederse, belirli süreli sözleşmelerde sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebileceği düzenlenmiştir⁶⁴⁵. Dolayısıyla mülga Kanun döneminde yaşanan tartışmalı hususlar, iş ilişkisinin haksız feshedildiği ve hukuki yaptırımının tazminat olduğu düzenlemesi

veyahut kanun düzenlemesinin aynen tekrar edilmemesine rağmen farklı kelimelerle aynı sonuca ulaşılması hallerinde, kanaatimizce burada cezaî şart değil, TBK m.438 anlamında tazminat olduğu sonucuna varılmalıdır. Aksi halde kanunda nispi emredici olarak düzenlenen her türlü feshe bağlı hukuki sonucun, sözleşmede aynen veya benzer ifadelerle tekrarının cezaî şart olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu ortaya çıkacaktır. Kuşkusuz sözleşmedeki ifadeden, tarafların kanuni yaptırım dışında veya alternatif olacak bir cezaî şart kararlaştırdıkları açıkça anlaşılıyor ise herhangi bir tartışma yaşanmayacaktır. Fakat esas tartışılması gereken husus, sözleşmede yine cezaî şart ifadesine yer vermeksizin, bu sefer kanuni tazminatın katı olarak belirlenmiş bir yaptırım mevcut ise hukuki niteliğinin tespiti. Kanaatimizce bu sözleşme hükmünün, bakiye süre ücreti tutarında tazminat miktarının ölçüt alınarak belirlendiği bir cezaî şart olarak kabul edilmesi daha avantajlı olacaktır. Nitekim bu halde, TBK m.438/2'deki mahsup hükmünün uygulama zorunluluğu olmaksızın, sadece cezaî şart aşırı bulunduğu halde hâkim indirim yapabilecektir. Taraf iradesine değer verilmesi yönünde bir Yargıtay kararında da “...*Borçlar Kanununun 161. maddesine göre taraflar cezanın miktarını seçmekte serbesttirler. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür. Böyle bir cezaî şart hükmü, Borçlar Kanunun 325. maddesine göre talep konusu yapılabilecek olan sözleşmenin kalan süresine ait ücret isteğinden farklıdır. Bu durum, konuya dair yasal düzenlemenin tekrarı mahiyetinde de değildir. Gerçekten tarafların iradesi özel biçimde cezaî şart düzenlemesi yönünde ortaya çıkmış olmakla, iradeye değer verilmeli ve cezaî şart hükümlerine göre çözüme gidilmelidir...*” ifadesine yer verilmiştir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T. 21.01.2010, E.2009/46225, K.2010/604, Çalışma ve Toplum, 2010/26, s.445 vd..

⁶⁴⁵ Senyen Kaplan, belirli süreli sözleşmenin haksız feshi için bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktar tutarında tazminatı “*ücret kaybı tazminatı*” olarak adlandırmaktadır. Bkz. Senyen Kaplan, s.220.

ile son bulmuştur⁶⁴⁶. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bu tazminattan mahsup edilmesi gereken kalemler belirlenmiştir. Buna göre işçinin, iş sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir tazminattan indirilecektir⁶⁴⁷.

TBK m.438'in belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız feshinin hukuki sonucu olarak uygulanıyor olması, mülga Kanun döneminde cezaî şarta dair ileri sürülen hususlarda bir farklılık yaratmayacaktır. Gerçekten de kanunda bahsi geçen hukuki sonucun uygulanıyor olması, tarafların sözleşmede cezaî şart kararlaştırmalarına engel veya sakınca olarak görülmemelidir. Zira kanunda öngörülen tazminatın istenmesine nazaran, cezaî şartın zarar ve kusur konularında alacaklıya (işçiye) sağladığı fayda göz ardı edilmemelidir. Yine cezaî şartın, borçlu üzerinde borcunu yerine getirmesi için sağladığı baskı da dikkate alınmalıdır.

TBK m.438/1-2, nispi emredici niteliğe sahiptir; yani bakiye süre ücreti tutarında tazminatta işçi aleyhine değişiklik öngörülemez⁶⁴⁸. Dolayısıyla doktrinde bir görüşe göre, sözleşmede işveren aleyhine kararlaştırılan cezaî şart miktarının, TBK m.438/1'de yer alan tazminattan az olmaması gerekmektedir⁶⁴⁹. Buna karşılık aşkın zararın tazmin edilebilmesine yönelik hüküm ise cezaî şartın, TBK m.438'deki tazminata göre daha fazla, ama ortaya çıkan zarara göre daha az belirlenmesi

⁶⁴⁶ TBK m.438'in değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.735; Güzel, s.258; Polat Soyer, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan "Genel Hizmet Sözleşmesi" ne İlişkin Bazı Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi", **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2) Semineri**, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2012, s.14; Narmanlıoğlu, s.19; Alpogut, **Asgari ve Azami**, s.121-122; aynı yazar, **Türk Borçlar Kanunu**, s.932; Senyen Kaplan, s.222-223; Doğan Yenisey, **Türk Borçlar Kanunu**, s.103; Gülver, s.1017; Karaçöp, Yamakoğlu, s.135. Bu düzenlemeyi Tasarı döneminde isabetli görmeyen görüş için bkz. Soyer, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, s.164-165.

⁶⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.735; Güzel, s.258; Narmanlıoğlu, s.18; Senyen Kaplan, s.213 vd.; Alpogut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.933-934; Doğan Yenisey, **Türk Borçlar Kanunu**, s.103; Güneş, Mutlay, s.279-280; Gülver, s.1019. Belirli süreli sözleşmenin işverence haksız feshinde TBK m.438'deki mahsup hükmünün uygulaması gerektiği hakkında bir karar için bkz. Y.13.HD., T.18.01.2018, E. 2015/23042 K. 2018/219 (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 08.01.2019.

⁶⁴⁸ Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.30; Gülver, s.1018.

⁶⁴⁹ Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.30; Baycık, **Cezai Şart**, s.16-17. Bu konuda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin "...belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür..." ifadelerine sahip kararında da cezaî şart miktarı ile BK m.325 arasında bağlantı kurulduğu anlaşılmaktadır. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T. 21.01.2010, E.2009/46225, K.2010/604, Çalışma ve Toplum, 2010/26, s.445 vd..

sakıncasını önlemektedir⁶⁵⁰. 818 sayılı BK döneminde de bu konu ele alınmıştı. Bu dönemde ileri sürülen bir görüşe göre, taraflarca kararlaştırılan cezaî şartın miktarı, BK'da yer alan tazminatın altında kalırsa, bu durumda devreye BK m.159/2 (TBK m.180/2)'deki şartların yerine getirilmesi halinde aşkın zararın talep edilmesi hükümleri girecekti. Yani bu görüşe göre cezaî şart, bakiye süre tazminatının altında belirlense dahi geçerli kabul edilecekti ve şartlar varsa BK m.159/2 uygulanacaktı⁶⁵¹.

Bu konudaki kanaatimiz, eğer taraflar seçimlik cezaî şart kararlaştırmış ise cezaî şartın, m.438/1'deki tazminattan fazla ya da en azından eşit miktarda belirlenmesi yönündedir. Buna karşılık daha az belirlenmesi cezaî şartın geçersizliğine neden olmaz. İşçi bu durumda, cezaî şart talebinde bulunacaksa en az m.438'deki miktar kadar talep edebilir. Nitekim bu kabul, dava aşamasında taleple bağlılık ilkesi dikkate alınmak suretiyle (*Hukuk Muhakemeleri Kanunu*⁶⁵² (HMK) m.26), hem aşkın zararın talebindeki ispat şartına nazaran kolaylık sağlamaktadır hem de kanunun nispi emredici düzenlemesi çerçevesinde hareket edilmiş olmaktadır. İşçi, bu miktarın üzerindeki ek zararını ise TBK m.179/2'ye göre isteyebilir. İfaya eklenen cezaî şart kararlaştırılmış olması halinde ise cezaî şartın, m.438'deki tazminattan az belirlenmesi zaten kanun hükmünün nispi emredici niteliğine aykırı olmayacaktır. Dolayısıyla işçi aleyhine bir durum da ortaya çıkmamaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde de 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde ifade edildiği üzere⁶⁵³, işverenin haksız feshi halinde tarafların sözleşmede ifaya eklenen cezaî şart kararlaştırmaları, işçiye hem bakiye süre ücreti tutarında tazminatı hem de cezaî şartı talep hakkı sağladığından oldukça avantajlıdır. Zira yine 818 sayılı Kanun döneminde isabetli olarak belirtildiği gibi işçi, fesih dolayısıyla hiçbir zararı olmasa dahi mahsup hükümlerine tâbi olmadan cezaî şartı ve kanundaki tazminatı talep edebilecektir. Ancak bu miktar aşırı bulunursa, TBK m.182/3 uyarınca indirimine gidilebilecektir⁶⁵⁴. Sonuç olarak cezaî şarta ilişkin hükümler ve özellikle aşırı

⁶⁵⁰ Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.31.

⁶⁵¹ Bu görüş için bkz. Alpagut, s.197.

⁶⁵² RG.T.04.02.2011, RG.S. 27836.

⁶⁵³ Alpagut, s.197.

⁶⁵⁴ Alpagut, s.197. 818 sayılı Borçlar Kanunu dönemi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 2, b, (1).

belirlenen cezaî şartta indirimle dair düzenleme, belirli süreli sözleşmenin işveren tarafından haksız feshi halinde uygulama alanı bulmalıdır.

Bu durumda özetlersek, TBK m.438 hükmü nispi emredici niteliği haiz olduğundan, TBK m.420'deki işçi aleyhine cezaî şart yasağı gözetilmek şartıyla cezaî şart kararlaştırılmasına engel değildir. 818 sayılı Kanun dönemine ilişkin başlık altında belirttiğimiz üzere, TBK m.438/1'deki bakiye süre ücreti tutarındaki tazminat, belirli süreli sözleşmenin ifası yerini alan bir edim niteliğinde olduğundan, işçi seçimlik cezaî şart çerçevesinde ya cezaî şartı ya da bakiye süre ücreti tutarında tazminatı talep edebilecektir⁶⁵⁵.

İsviçre Hukuku'nda ise haksız feshin hukuki sonuçları OR m.337/c'de hem belirli hem belirsiz süreli iş sözleşmesi için düzenlenmiştir. Öncelikle belirtilmelidir ki mehz Kanun olan OR'da da haksız feshin hukuki sonucu, TBK m.438 ile aynı düzenlemeye sahiptir. Dolayısıyla İsviçre'de de haksız fesih halinde iş ilişkisi fiilen ve hukuken sona ermektedir. Ayrıca haksız feshin sonucu ücret değil, boşta kalan süreye ilişkin ücret tutarında tazminat olarak belirlenmiştir. Belirsiz süreli sözleşmeler bakımından ayrı başlık altında açıklandığı üzere, belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshi halinde de OR m.337/c'nin, m.362'de yer alan mutlak emredici hükümler arasında sayılması dolayısıyla, sözleşmede cezaî şart kararlaştırmak geçersizdir⁶⁵⁶.

ii. Haksız Fesih Tazminatı Bakımından

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshinde olduğu gibi, belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshinde de TBK m.438/3'de yer alan haksız fesih tazminatı uygulama alanı bulabilecektir. Bu kapsamda TBK m.438/1'de yer alan tazminata ek olarak, şartlar varsa TBK m.438/3'de öngörülen haksız fesih tazminatına da hükmedilebilecektir. Bu fıkra göre hâkim, bütün durum ve şartları göz önünde tutarak, işçinin altı aylık ücretinden fazla olmayacak şekilde miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilecektir⁶⁵⁷. Belirtilmelidir

⁶⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 2, b, (1).

⁶⁵⁶ Santoro, s.99; ZK-Staehelin, Art 337/c, Rn.26. Ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, b, (3).

⁶⁵⁷ Haksız fesih tazminatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.736-737; Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.122; Senyen Kaplan, s.224-225; Doğan Yenisey, **Türk Borçlar Kanunu**, s.103-107; Güneş, Mutlay, s.280-281; Soyer, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, s.165. Bu düzenlemeyi, bakiye süreye

ki belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız feshinin hukuki sonucuna diğer iş kanunlarında yer verilmediğinden, TBK m.438 düzenlemesi hem diğer iş kanunlarına tâbi iş ilişkilerinde hem de Türk Borçlar Kanunu'na tâbi iş ilişkilerinde uygulanacaktır⁶⁵⁸.

Haksız fesih tazminatı ile cezaî şart ilişkisi bakımından kanaatimizce bakiye süre ücreti tutarında tazminat ile cezaî şart ilişkisine nazaran farklı bir hukuki sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu konuyu yukarıda belirsiz süreli iş sözleşmesi için detaylı olarak ele aldığımızdan⁶⁵⁹, kanaatimizi sadece kısaca hatırlatmakla yetineceğiz.

TBK m.438/3'deki haksız fesih tazminatı, borcun ifası yerini alan bir tazminat olmadığı ve ancak hâkimin çeşitli ölçütlere bağlı olarak takdir edebileceği bir tazminat olduğundan, seçimlik cezaî şart hükmüne aykırılık oluşturmaksızın cezaî şart ile birlikte talep edilebilecektir. Zira burada seçimlik cezaî şartın alternatifif, haksız fesih tazminatı değil, ifanın yerini alan bakiye süre ücreti tutarında tazminat ve varsa diğer zararların tazminidir. Bu nedenle işçi, haksız fesih tazminatı ile birlikte ya cezaî şartı ya da bakiye süre ücreti tutarında tazminat ile diğer zararların tazminini talep edebilir.

c. İşçi Tarafından Haksız Fesih ve Cezaî Şart

(1) 818 Sayılı Borçlar Kanunu Döneminde

Belirli süreli iş sözleşmesi uygulamada çoğunlukla işçinin iş görme edimini belirli bir süre garanti altına almak amacıyla imzalanmaktadır. Bu nedenle özellikle nitelikli işçinin sözleşmeyi süresinden önce feshetmesini engellemeye yönelik olarak sözleşmede cezaî şart kararlaştırılmaktadır⁶⁶⁰.

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işçi tarafından haksız feshi haline yönelik olarak, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde herhangi bir açık düzenleme mevcut değildi. Bu dönemde sadece yeni bir işe girmek amacıyla iş

ilişkin tazminat miktarına 6 aylık sınır getirildiği şeklinde kabul edip, ek bir tazminat hakkı vermediği şeklinde yorumlayan görüş için bkz. Ayan, s.476.

⁶⁵⁸ Süzek, s.736; Soyer, **Genel Hizmet Sözleşmesi**, s.17; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.932; Gülver, s.1020-1021.

⁶⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. 2.Bölüm, I, D, 1, b, (3), iii.

⁶⁶⁰ Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.91 vd.; Alpagut, s.191, 197; aynı yazar, **Asgari ve Azami**, s.126; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.436-437; Arıcı, s.37.

sözleşmesini sona erdiren işçi bakımından, İşK m.23’de yeni işverenin sorumluluğu kenar başlığı altında düzenlenen yaptırım uygulanmaktaydı. Bu nedenle işveren, belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshi dolayısıyla, işçiden sadece uğradığı zararların BK m.96 (TBK m.112) uyarınca tazmin edilmesini talep edebilmekteydi. Fakat bu halde işverenin, uğradığı zararı ve miktarını ispat yükümlülüğü altında olması nedeniyle, genellikle cezaî şart kararlaştırılması yoluna başvurulmaktaydı⁶⁶¹. Buna karşılık belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshine yönelik olarak, işçi aleyhine olmak üzere tek taraflı cezaî şart kararlaştırmanın mümkün olup olmadığı konusu tartışılmıyordu.

Doktrinde bir grup yazar, işverenin belirli süreli iş sözleşmesini haksız feshetmesi halinde uygulanacak BK m.325 hükmüne karşılık, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılmasını haklı ve geçerli bulmaktaydılar⁶⁶². Bu durumun taraflar arasında eşitsizlik veya adaletsizlik yaratmayacağını, aksine menfaatler dengesi için daha yararlı olacağını belirtmekteydiler. Zira belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshine yönelik kararlaştırılan cezaî şart, uygulamada genellikle işverenin belirli süre yanında çalışmasına ihtiyaç duyduğu nitelikli ve işverenin işletmesi için ihtiyaç duyduğu işçiler için kararlaştırılmaktadır. Buna rağmen işçi, haksız fesih halinde BK m.325’deki tazminatlara sahip olabilmekteyken, işveren sadece genel hükümlere göre tazminat talep etmekle yetinmek zorundaydı⁶⁶³. İşte bu görüşe göre, aslında ortada tek taraflı bir cezaî şart yoktur. Buradaki cezaî şart, işçinin haksız feshine yönelik olarak özel bir düzenleme öngörülmemiş olmasını telafi etmektedir⁶⁶⁴. Bunun yanı sıra cezaî şartta indirim imkânının varlığı da tek taraflı cezaî şart

⁶⁶¹ Soyer, *Cezai Şart*, s.366; Alpagut, *Türk Borçlar Kanunu*, s.935; Doğan Yenisey, *Cezai Şart*, s.31.

⁶⁶² Bu görüşteki yazarlar için bkz. Oğuzman, *Değerlendirme 1992 (Genel Görüşme)*, s.84; Şahlanan, *Değerlendirme 1992 (Genel Görüşme)*, s.78; Süzek, *Fesih Hakkının Sınırlandırılması*, s.92-93; Soyer, *Cezai Şart*, s.366-367; Alpagut, s.198; aynı yazar, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, *Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001*, Ankara, Kamu-İş, 2003, s.115-116; Karagöz, s. 138, 141; Ayan, s.481-482.

⁶⁶³ Oğuzman, *Değerlendirme 1992 (Genel Görüşme)*, s.84; Şahlanan, *Değerlendirme 1992 (Genel Görüşme)*, s.78; Soyer, *Cezai Şart*, s.366-367; Alpagut, s.198; aynı yazar, *Değerlendirme 2001*, s.115-116; Ayan, s.481-482.

⁶⁶⁴ Oğuzman, *Değerlendirme 1992 (Genel Görüşme)*, s.84; Süzek, *Fesih Hakkının Sınırlandırılması*, s.92-93; Soyer, *Cezai Şart*, s.366-367.

kararlaştırılması halinde ortaya çıkabilecek adaletsizliği önleyebilecek nitelikte görülmektedir⁶⁶⁵.

Bu noktada sorun yaratabilecek husus ise sözleşmenin işveren tarafından haksız feshinde, işçiye BK m.325 uyarınca ödenmesi gereken miktar ile işçinin sözleşmeyi haksız feshi halinde ödenecek cezaî şart arasında dengenin nasıl sağlanacağıdır. Doktrinde bu halde, sözleşmeyi işveren haksız feshetseydi ödemesi gereken miktar kadar, işçinin işverene cezaî şart ödemekle yükümlü tutulması gerektiği savunularak bir çözüme ulaşılmaktaydı⁶⁶⁶. Yani işçinin ödeyeceği cezaî şartın miktarına, işverene BK m.325 uyarınca ödenmesi gereken tazminat miktarı üst sınır olarak kabul edilmekteydi⁶⁶⁷.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi haline yönelik olarak tek taraflı cezaî şart kararlaştırılmasının geçersiz olduğunu ileri süren aksi görüşe sahip yazarlar da mevcuttu⁶⁶⁸. Bu yönde 1990'lı yılların başlarında Yargıtay'ın da kararlar verdiği görülmektedir⁶⁶⁹. Doktrinde ileri sürülen gerekçeler ile Yargıtay kararlarına göre, her ne kadar sözleşme özgürlüğü şemsiyesi altında tarafların serbest iradeleri ile anlaştıkları varsayılsa da gerçekte ekonomik olarak zayıf durumda olan işçinin özgür iradesinden söz etmek olanağı yoktur. Dolayısıyla bu görüşteki bir yazar, çağdaş gelişmeler paralelinde işçiyi koruma ilkesinin hukukumuzda bir yansıması olarak, belirli süreli sözleşmede tek taraflı olarak işçi aleyhine cezaî şartın geçerli olmaması gerektiğini savunmaktaydı⁶⁷⁰. Hatta bu

⁶⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, **Değerlendirme 1992(Genel Görüşme)**, s.84; Şahlanan, **Değerlendirme 1992 (Genel Görüşme)**, s.78; Alpagut, s.198; aynı yazar, **Değerlendirme 2001**, s.116; Karagöz, s. 138, 141.

⁶⁶⁶ Soyer, **Cezai Şart**, s.366-367; Ayan, s.484.

⁶⁶⁷ Başka bir görüşe göre ise işçinin belirli süreli sözleşmeyi haksız feshi halinde, Fransız Hukuku'nda olduğu gibi işverenin uğradığı zarar miktarının, cezaî şartın üst sınırı olması gerektiği yönünde kanuni bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla işçinin ödemek zorunda olacağı cezaî şart miktarı, işverenin ödemesi gereken cezaî şart miktarından az olmadıkça, cezaî şart geçerli kabul edilmelidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.31.

⁶⁶⁸ Metin Kutsal, "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992**, İstanbul, Mess Yayınları, 1994, s.40-41; Soyer, **İHD**, C.3, 1993, s.306; Ayrıca bkz. Centel, s.199. Cezaî şartın geçerli kabul edilmesinin İş Hukuku'nun doğuş amacı ile özelliğine aykırı olacağı şeklindeki görüş için bkz. Güler, s.80.

⁶⁶⁹ Y.9.HD., T.17.11.1992, E.1992/8777, K.1992/12603 ve kararın Kutsal tarafından isabetli bulunarak değerlendirilmesi için bkz. Kutsal, s.40-42. Karş. Karagöz, s.150.

⁶⁷⁰ Kutsal, s.41.

görüş gerekçelendirilirken, Yargıtay’ın toplu iş sözleşmeleri ile bildirim sürelerinin sadece işçi lehine artırılmasına dair verdiği kararlarına da dayanılmaktaydı⁶⁷¹.

818 sayılı Kanun döneminde, belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi haline yönelik daha sonraki yıllarda verilen Yargıtay kararlarına bakacak olursak, öncelikle şunu söyleyebiliriz ki cezaî şart kararlaştırılması geçerli kabul edilmiştir. Yargıtay kararlarında bu sonuç, cezaî şarta ilişkin düzenlemenin karşılıklı olmasına, yani işçi aleyhine tek taraflı olmamasına bağlanmıştır⁶⁷². Kanunda emredici bir düzenleme olmamasına rağmen, sanki nispi emredici bir düzenleme varmışçasına karar verilmiştir. İşçi lehine olmak üzere, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine müdahale oluşturan ilk kararlarda herhangi bir hukuki gerekçeye dayanılmamıştır; fakat daha sonraki kararlarda işçi yararına yorum ilkesinin dayanak alındığına dikkat çekilmiştir⁶⁷³.

(2) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Döneminde

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle beraber mülga kanundan farklı olarak ilk kez, işçinin belirli süreli sözleşmeyi haksız feshetmesine yönelik açık bir hukuki sonuç düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm mehz Kanun olan İsviçre OR m.337/d hükmünden ihdas edilmiştir⁶⁷⁴.

TBK m.439 uyarınca, işçi haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde, işveren aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir⁶⁷⁵. Bu tazminat götürü bir tazminat niteliğinde olduğundan işveren, zararı

⁶⁷¹ Kutal, s.41-42.

⁶⁷² Y.22.HD., T.22.01.2013, E.2012/10007, K.2013/358, Çalışma ve Toplum, 2013/2, s.441-442; Y9.HD., T.26.09.2007, E.2007/20016, K.2007/28104, Çalışma ve Toplum, 2008/1, s.232-235. Eski tarihli bir kararda ise işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart geçerli kabul edilmiştir. Bu karar için bkz. Y.9HD., T.07/04/1997, E.1997/628, K.1997/6836, YKD, Temmuz 1999, s.930-931.

⁶⁷³ İşçi yararına yorum ilkesine dayanan bir karar için bkz.Y.9.HD., T. 21.01.2010, E.2009/46225, K.2010/604, Çalışma ve Toplum, 2010/26, s.445 vd.. Ayrıca bkz. Kübra Doğan Yenisey, “İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C.I., İstanbul, Beta, 2011, s.56-57.

⁶⁷⁴ İsviçre OR’da yer alan hüküm hakkında bkz. Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 337/d, N.1-5.

⁶⁷⁵ Madde başlığının, “işçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması” şeklinde düzenlenmesini, haksız olarak işe başlamamanın da aslında işçi tarafından yapılan eylemli fesih olması gerekçesiyle eleştiren bir görüş için bkz. Güneş, Mutlay, s.281. Söz konusu düzenlemeyi, işçinin bildirim süresine uymaksızın sözleşmeyi sona erdirmesi halinde, ihbar tazminatı dışında belirlenen bir tazminat ödeme yükümlülüğü altına sokulması yönünden yerleşik İş Hukuku geleneğine aykırı bulan

olduğunu ispatla yükümlü değildir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. Ek zararı olduğunu, işveren ispat etmek zorundadır. Fakat tazminat isteme hakkı, takas yoluyla sona ermemiş ise hak düşürücü süreye bağlanmıştır. İşveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak 30 gün içerisinde dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır⁶⁷⁶. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise hâkimin tazminatta indirim yapabileceği bir hale yer verilmiştir. Buna göre, işveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise hâkim tazminatı indirebilecektir. Belirtilmelidir ki tazminatta indirim yapılması gereken hallerin varlığını işçinin, aksini iddia etmesi halinde ise işverenin ispat yükü vardır⁶⁷⁷. Bu düzenleme, belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi halinde, diğer İş Kanunları kapsamındaki işçilere de uygulanacak niteliktedir⁶⁷⁸.

818 sayılı Kanun döneminde, işçinin belirli süreli iş sözleşmesini haksız feshi haline yönelik olarak kanunda açık bir düzenleme olmaması dolayısıyla, işverenler genellikle sözleşmeye cezaî şart koyma yoluna gitmekteydiler. 6098 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile beraber, mülga Kanun döneminde, belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi için tek taraflı cezaî şart kararlaştırılmasının geçerli

ve kanundaki miktarı, İşK'ya tabî işçiler dikkate alındığında belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshi halinde ödenen ihbar tazminatı miktarıyla tazminat dengesi çerçevesinde orantısız bulan görüş için bkz. Doğan Yenisey, **Türk Borçlar Kanunu**, s.107-108. Benzer yönde bkz. Narmanlıoğlu, s.19, dn.28. Doktrinde TBK m.439 hükmünün, işçinin belirli süreli iş sözleşmesini kural olarak ücretinin dörtte birini ödeyerek sona erdirmeye imkânı tanınması dolayısıyla tartışmaya açık olduğunu ileri süren ve yerinde olmayan bir düzenleme olarak ifade eden yazarlar da vardır. Bkz.Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.436. Buna karşılık bir görüşe göre, TBK m.439, uygulamada zararın ispatının güçlüğü karşısında işveren tarafından herhangi bir talepte bulunulmasının yarattığı güçlüğü gidermesi bakımından isabetlidir. Bu görüş için bkz. Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.126.

⁶⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.738-739; Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.127-128; aynı yazar, **Türk Borçlar Kanunu**, s.936; Senyen Kaplan, s.228; Doğan Yenisey, **Türk Borçlar Kanunu**, s.108; Karaçöp, Yamakoğlu, s.135-136.

⁶⁷⁷ Süzek, s.739; Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.127; aynı yazar, **Türk Borçlar Kanunu**, s.936; Senyen Kaplan, s.227-228.

⁶⁷⁸ Güzel, s.258; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.935; Doğan Yenisey, **Türk Borçlar Kanunu**, s.107-108. Aksi görüşe göre ise İş Kanunu kapsamındaki işçiler için haksız olarak sözleşmenin feshinin yaptırımı, bu fesih bir usulsüz fesih olduğundan, İşK m.17/4 uyarınca ihbar tazminatı olarak belirlenmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin feshi bakımından da bu hüküm uygulama alanı bulmaz; çünkü İşK'da bir halde işverenin zararı olmasa da haksız fesihten işçinin sorumluluğu öngörülmüş olup, bu düzenleme İşK m.23'de yer almaktadır. Bu nedenlerle İşK kapsamındaki işveren, haksız fesih dolayısıyla haksız fesih tazminatı talep edemez. Fakat haksız fesih nedeniyle doğan bir zararı var ise zararın tazminine ilişkin genel hükümlere göre tazminat talep edebilir. Bu görüş hakkında bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.255.

olduğuna dayanak alınan gerekçe ortadan kalkmış gözükmektedir. Bunun sonucu olarak ise TBK m.439 hükmünün yürürlüğe girmesi ile birlikte, işçinin haksız feshi hali için kararlaştırılan cezaî şartın geçerliliği tartışmalı hale gelmiştir. Nitekim artık TBK m.438’de işverenin haksız feshine yönelik öngörülen yaptırıma karşılık, işçinin haksız feshi için miktarı az bile olsa tazminat yaptırımı düzenlenmiştir. Bununla beraber söz konusu hüküm, geçmişte belirli süreli sözleşmenin işçi tarafından haksız feshi için savunulan cezaî şartın geçerliliği görüşü önünde gerçek bir engel oluşturmakta mıdır incelenmesi önemi haizdir. Zira TBK m.438 ile 439 arasında miktar olarak farklılık vardır.

TBK m.439 yürürlüğe girdikten sonra, belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshine yönelik kararlaştırılan cezaî şartın geçerliliği konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre, İsviçre Borçlar Kanunu m.361 ve m.362’de yer alan nispi ve mutlak emredici hükümlerin kategorilere ayrıldığı listeye, Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilmemiştir. Her ne kadar mehaz Kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu’nda bu hüküm mutlak emredici hüküm kategorisinde sayılıyor olsa bile hem Türk Borçlar Kanunu’nda böyle kategoriler altında hükümlerin sayıldığı bir düzenleme mevcut değildir hem de kanunda yer alan hükümlerin hukuki niteliği hakkında bir kategorileştirme yoluna başvurulması hukukumuz için gerekli ve isabetli bulunmamaktadır⁶⁷⁹. Dolayısıyla bu görüşe göre TBK m.439, mehaz Kanun’dan yola çıkılarak mutlak emredici hüküm niteliğinde görülmemelidir. Bunun sonucu olarak da TBK m.439, belirli süreli sözleşmenin işçi tarafından haksız feshi halinde karşılıklılık ilkesine uygun olarak kararlaştırılan cezaî şartın geçerliliğini engelleyecek nitelikte yorumlanmamalıdır⁶⁸⁰. Benzer sonuca varan bir görüşe göre ise karşılıklılık ilkesi bakımından, karşılığın kanunda bulunması yeterli görülmemektedir; önemli olan sözleşmede bir karşılık olmasıdır⁶⁸¹.

Bir başka görüş ise konuyu esasen farklı bir noktadan ele almaktadır. Bu görüşün odak noktasında, belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshi halinde, işçi ücretinin dörtte birinden fazla cezaî şart kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı

⁶⁷⁹ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.  zdemir, s.131.

⁶⁸⁰  zdemir, s.132; Baycık, **Cezai şart**, s.20.

⁶⁸¹ Aykaç, s.745.

bulunmaktadır. Bu noktada belirtilmelidir ki bu görüş bakımından açıkça ifade edilmese de TBK m.439'a rağmen, belirli süreli sözleşmenin işçi tarafından haksız feshi için cezaî şart kararlaştırılması mümkün kabul edilmektedir⁶⁸². Fakat TBK m.439'un, cezaî şartın miktarı bakımından üst sınır olup olmadığı çeşitli yönlerden ele alınmaktadır. TBK m.439'un lafzı ile gerekçesinde, düzenlemenin hukukumuz açısından mutlak emredici kabul edildiğine dair bir açıklık yer almamaktadır. Fakat bu görüşe göre, mehzaz Kanun'da mutlak emredici olduğu açıkça kabul edilen düzenlemenin, TBK m.439 çerçevesinde aksini ileri sürmeyi gerektirecek bir gerekçe bulmak güçtür. Buradan yola çıkılarak, TBK m.439 mutlak emredici nitelikte kabul edilmelidir⁶⁸³. Buna rağmen aynı görüş tarafından TBK m.439'un, bu kanunun diğer hükümleri ve İş Kanunu'nun belirsiz süreli iş sözleşmesine dair hükümleri ile ilişkisi dikkate alınarak farklı bir sonuca ulaşılmaktadır. Özellikle İş Kanunu kapsamındaki belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler arasında, hukuki yaptırım bakımından farklı kanunların uygulanması dengesizlik oluşturmaktadır. Nitekim İş Kanunu kapsamındaki belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, bildirim süresine uymadan fesih yoluna gitmesi halinde, İşK m.17 uyarınca en az aylık ücretinin yarısı oranında (*iki haftalık ücret tutarında*) ihbar tazminatı ödemekle yükümlüdür. Buna karşılık İş Kanunu'na tâbi olmasına rağmen, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin sözleşmesini haksız feshi TBKm.439'daki daha az miktarda belirlenen yaptırıma (*aylık ücretinin dörtte biri tutarında*) tabî tutulmuştur⁶⁸⁴. Hâlbuki belirli süre çalışması için sözleşme yapılan işçinin süresinden önce haksız feshi, işveren bakımından daha ağır bir hukuka aykırı davranış oluşturabilecektir. Dolayısıyla bu görüşe göre, düzenlemenin İş Hukuku'nun bütünü içindeki yeri ve TBK m.420'nin geçerlilik şartı olarak sadece karşılıklılık ilkesi üzerinde durması dikkate alınarak⁶⁸⁵,

⁶⁸² Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.32 vd..

⁶⁸³ Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.32.

⁶⁸⁴ Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.33.

⁶⁸⁵ Mülga Kanun döneminde ortaya çıkan işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılması tartışmasına ise TBK m.420, yargı içtihadı ve doktrin görüşleri yönünde açık bir düzenleme getirerek son vermiştir. Bu hükme göre, iş sözleşmesine sadece işçi aleyhine konulan cezaî şart geçersizdir. Bunun için cezaî şart miktarının aşırı olup olmadığı da önemli değildir. Bkz.Ekmekçi, s.28.

cezaî şartın miktarı açısından TBK m.439'un üst sınır oluşturmadığı kabul edilmektedir⁶⁸⁶.

Yargıtay ise konu hakkında bir kararında, işe başlamama ve iş sözleşmesinin süresinden önce işçi tarafından haksız feshi kavramları arasında ayırım yaparak, cezaî şart bakımından sonuca varmıştır. Buna göre işçi işe başlamamışsa, taraflar arasındaki yazılı iş sözleşmesine rağmen fiilen iş ilişkisi kurulmamış sayılmalıdır. Bu nedenle cezaî şart, dönme cezası niteliğinde olmadığından geçersiz kabul edilmiştir⁶⁸⁷. Buna karşılık aynı Daire bir başka kararında, iş sözleşmesi imzalanmasına rağmen, işçinin işe fiilen başlamamasını sözleşmenin işçi tarafından feshi saymıştır. Buna bağlı olarak, karşılıklılık ilkesine uygun kararlaştırılan cezaî şartın işverene indirim yapılarak ödenmesi gerektiği yönünde karara varılmıştır⁶⁸⁸. Kanımızca Yargıtay'ın ikinci kararı daha isabetlidir. Zira işveren, işçi ile imzaladığı sözleşmeye güvenerek, örneğin yeni iş alarak masraf yapmış veya iş arama sürecini sona erdirdiği için işçinin fiilen işe başlamaması nedeniyle zarar görmüş olabilir. Bu nedenle işçinin işe başlamaması, iş sözleşmesinin haksız feshi olarak sayılmalı ve geçerli şekilde kararlaştırılan cezaî şartın ödenmesine karar verilmelidir.

Kanaatimizce TBK m.439, işçinin haksız feshi haline yönelik olarak cezaî şart kararlaştırılmasına engel değildir. Ayrıca bu maddede yer alan tazminatın miktarı, cezaî şart bakımından bir üst sınır da kabul edilmemelidir. Nitekim TBK m.420 uyarınca cezaî şart karşılıklı ise ve hakkın özüne dokunmuyor ise miktar olarak tek kanuni sınırı TBK m.182/3'dür. Bunun yanı sıra aksi kabul, cezaî şart kararlaştırmanın güvence ve telafi amacına da aykırı olacaktır.

⁶⁸⁶ Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.33-34; Aykaç, s.746. Farklı gerekçe ile aynı yönde bkz. Baycık, **Cezai Şart**, s.19-20.

⁶⁸⁷ Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.26.09.2006, E.2006/20061, K.2006/24888, Çalışma ve Toplum, 2007/1, s.234-236. Doktrinde Yargıtay kararındaki bu ayırımı, TBK m.439'un cezaî şartın üst sınırı olup olmadığının değerlendirmesinde dikkate alan görüş de mevcuttur. Bu durumda işçinin belirli süreli sözleşmeyi haksız feshetmesi halinde, işçinin ödeyeceği cezaî şart bakımından TBK m.439'daki hüküm üst sınır olarak kabul edilmemektedir. Bu halde tek sınır TBK m.420 hükmüdür. Bununla beraber işçinin hiç işe başlamaması halinde cezaî şart bakımından TBK m.439 üst sınır olarak görülmektedir. Bu görüş için bkz. Baycık, **Değerlendirme 2016**, s.177-178.

⁶⁸⁸ Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.10.11.2009, E.2008/23231, 2009/33880, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 21.10.2018.

d. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Objektif Neden Yokluğundan Belirsiz Süreli Sayılması ve Cezaî Şart Sorunu

(1) Yargıtay Dairelerinin Farklı Kararları

Taraflar arasındaki iş sözleşmesi, belirsiz ya da belirli süreli yapılabilmektedir. Fakat İş Kanunu'nun 11.maddesi uyarınca, sözleşmenin belirli süreli olmasını gerektiren objektif şartların bulunmadığı tespit edilince, sözleşme baştan itibaren belirsiz süreli sayılacaktır⁶⁸⁹. Bu durumda sözleşmenin süresinden önce haksız feshine bağlanan cezaî şartın geçerliliği tartışılması gereken önemli bir konudur. Nitekim sözleşme artık belirli bir süreye bağlı değildir. Aksine kanun gereği belirsiz süreli sözleşme mevcuttur. Haklı neden istisna olmak üzere, bildirim sürelerine uyulması şartıyla sözleşmenin feshi mümkündür. Halbuki sözleşmede, taraflarca kararlaştırılan süreden önce haksız fesih hali, cezaî şart ödenmesine bağlanmıştır. Yargıtay'ın daireleri arasında, böyle bir sözleşmede bulunan cezaî şartın akıbeti hakkında farklı kararlar verildiği görülmektedir. Hal böyleyken konu hakkında içtihadı birleştirme başvurusu da yapılmıştır. İçtihadı Birleştirme Kararı verilmiş, fakat henüz gerekçesi yayınlanmamıştır. Dolayısıyla konunun önemine binaen Yargıtay dairelerinin farklı yöndeki kararlarının ayrı bir başlık altında incelenmesi gerekli görülmüştür.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, yeni sayılabilecek bir kararında, konuyu ayrıntılı şekilde ele almıştır. Buna göre somut uyuşmazlıkta davacı işçi, iş sözleşmesinin süresinden önce davalı işveren tarafından haklı neden olmaksızın feshedildiğini ileri sürmektedir. Buna bağlı olarak bildirim ve kıdem tazminatının yanı sıra, sözleşmede kararlaştırılmış olan cezaî şartın ödenmesini talep etmektedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin "...taraflar arasındaki sözleşme süreli olarak yapılmış ise de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11.maddesi uyarınca sözleşmenin belirli süreli olmasını gerektiren objektif koşullar bulunmadığından sözleşmenin başından itibaren belirsiz süreli olarak kabulü gerekecektir. Ancak, sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi, öngörülen cezaî şartın geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır. Aksi durumda

⁶⁸⁹ Bununla birlikte eğer kanunda aranan şartlara sahip bir zincirleme belirli süreli sözleşme mevcut ise cezaî şart geçerli olarak varlığını sürdürecektir. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararı vardır. Bkz. Y.9.HD., T.14.02.2005, E.2004/14528, K.2005/4135, Çalışma ve Toplum, 2005/5, s.211 vd..

sözleşmede kararlaştırılan tüm hususların geçersiz olması gibi bir sonuç ortaya çıkar. Objektif şartların bulunmaması, sadece tarafların süre konusundaki belirlemelerini geçersiz kılar ve sözleşmeyi belirsiz hale dönüştürür. Sözleşmenin belirsiz süreli olması cezaî şart kararlaştırılmasına engel değildir. Bu sebeple, objektif şartların yokluğu nedeniyle belirsiz süreli sayılan sözleşmedeki cezaî şartın geçersiz olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Başka bir anlatımla belirli süreli olarak yapılan sözleşmenin belirsiz süreli olduğu kabul edilse bile, sözleşmede öngörülen süre bitmeden haksız olarak sözleşmeyi fesheden taraftan diğer tarafın cezaî şart talep hakkı korunmalıdır...” şeklindeki alıntılanan karardan anlaşıldığı üzere, belirli süreli sözleşmenin objektif neden yokluğundan belirsiz süreli sözleşme olarak kabul edilmesi halinde bile sözleşmedeki cezaî şart geçerliliğini koruyacaktır⁶⁹⁰. Nitekim 22. Daire kararında, esasen taraf iradesinden yola çıkmıştır. Sözleşme ister belirli süreli olsun ister belirsiz süreli sözleşme olarak kabul edilsin, tarafların iradesi sözleşmenin belirli bir tarihe kadar feshedilmemesi yönündedir. Bu nedenle sözleşmenin türüne bağlı kalmaksızın, cezaî şartın geçerliliği taraf iradesi gözetilmek şartıyla değerlendirilmelidir⁶⁹¹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise belirli süreli iş sözleşmesinin objektif neden yokluğundan belirsiz süreli sözleşme kabul edilmesi halinde, cezaî şartın geçerliliği konusunda farklı yönde kararlar vermektedir. 9. Daire, cezaî şartın, hukukumuzda geçerli olan karşılıklılık ilkesine uyulması şartıyla, hem belirli süreli hem belirsiz süreli sözleşmede kararlaştırılmasının geçerli olacağına dikkat çekmektedir. Fakat

⁶⁹⁰ Görüldüğü üzere bu uyuşmazlıkta Yargıtay, resen objektif neden araştırması yapmış denemez; çünkü davacı işçi bildirim ve kıdem tazminatı talep ederek açıkça olmasa bile sözleşmenin belirli süreli değil, belirsiz süreli olduğunu ileri sürmektedir. Bu karar için bkz. Y.22.HD., T.29.11.2016, E.2015/18939, K.2016/26066, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 18.03.2018. Bu yönde başka bir karar için bkz. Y.22. HD., T.22.06.2016, E. 2016/4582, K. 2016/18840, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 20.03.2018. İşçiye yönelik bakiye süre ücreti düzenlemesinin işveren lehine yorumlanmaması gerektiği; bu nedenle objektif neden yokluğuna dayanılarak sözleşmenin belirsiz süreli sayılması nedeniyle bakiye süre ücreti talebinin reddini isabetli bulmayan, bildirim süresine uyulmamasına bağlanmış olan cezaî şart talebini ise vakıf üniversitesinde çalışan okutmanlara ilişkin özel mevzuata dayanarak geçersiz kabul eden başka bir Yargıtay kararı için bkz. Y.22.HD., T.18.06.2018, E.2015/34434, K.2018/14863, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 18.03.2018.

⁶⁹¹ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 29.11.2016 tarihli kararını, davacı işçinin sözleşmenin belirsiz süreli olduğuna dayanan talepleri üzerine objektif neden araştırması yapıldığı için isabetli bulan ve geçerli nedene dayalı süreli fesih halleri dâhil olmak üzere, haklı nedene dayanmayan tüm fesih hallerinin cezaî şart ile geçerli olarak belirli bir süre kısıtlanmasını kabul eden bir inceleme için bkz. Baycık, **Değerlendirme 2016**, s.171-172. bkz. Baycık, **Cezai Şart**, s.13-14.

Daire, belirli süreli sözleşmedeki cezaî şartın geçerliliğini, süresinden önce fesih şartının gerçekleşmesine bağlamaktadır. Dolayısıyla belirli süreli sözleşmenin, objektif neden yokluğundan belirsiz süreli kabul edilmesi halinde bu unsurun ortadan kalktığına yönelik karara varmaktadır⁶⁹².

Yargıtay'ın, işveren ileri sürmeden, resen objektif neden araştırması yaparak, sözleşmenin belirli süreli değil belirsiz süreli olduğu gerekçesiyle bakiye süre ücreti ve cezaî şartı reddetmesi de doktrinde ayrı bir tartışma konusudur⁶⁹³. 2017 tarihli bir

⁶⁹²Bu konuda bkz. Y.9.HD., T.09.06.2016, E.2015/3642, K.2016/13805, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 21.04.2017. Yargıtay'ın bu yönde birçok kararı vardır. Bu kararlar için bkz. Y.9.HD., 05.02.2013, E.2010/20850, K.2013/4273, Legal İSGHD, 2013/10, S.37, s.163 vd.; Y.9.HD., T.21.04.2009, E.2008/9422, K.2009/11563, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 21.04.2017; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi benzer bir kararında, vakıf üniversitesi ile belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan yardımcı doçentin sözleşmesini süresinden önce ve haklı neden olmaksızın fesheden işverenden talep edilen cezaî şart bakımından, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshine ilişkin cezaî şart kararlaştırılamayacağı sonucuna vararak kanaatimizce isabetsiz bir değerlendirmede bulunmuştur: "...Somut olayda yukarıdaki ilke ve açıklamalar doğrultusunda taraflar arasındaki iş sözleşmesi niteliği itibarıyla başından beri belirsiz süreli olup iş sözleşmesinin süresinden önce feshine bağlı cezaî şart geçersiz olduğundan davacının cezaî şart talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...". Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.14.03.2013, E.2010/51009, K.2013/8916, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 16.05.2017 ve bu kararı eleştiren bir inceleme için bkz. Alp, **Değerlendirme 2013**, s.240-241.

Bu kararlara karşılık, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir başka kararı farklılık arz etmektedir. Uyuşmazlık kapsamında, taraflar arasında düzenlenen 23.05.2011 tarihli sözleşmede, sözleşmenin yürürlük tarihi 23.05.2011 olarak gösterilmiştir. Sözleşmede, sözleşmenin iki yıl süreli olduğu ve iki yılın dolması üzerine tarafların karşılıklı olarak anlaşması durumunda sözleşmenin takip eden iki yıl için aynı şartlarda yenileceğinin kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Sözleşmede ayrıca, haksız fesih hallerinde karşılıklı cezaî şart öngörülmüştür. Yerel Mahkeme tarafından, davalı işverenin, iş sözleşmesini 31.06.2013 tarihinde haksız nedenle feshettiğine karar verilmiştir. Dolayısıyla Mahkemece, taraflar arasındaki sözleşme her ne kadar belirli süreli olarak düzenlenmiş ise de; davacının görevinin niteliği ile İş Kanunun 12. maddesi birlikte değerlendirildiğinde maddede belirlenen objektif şartların oluşmadığı kanaatine varılmış, iş sözleşmesi belirsiz süreli olarak kabul edilmiştir. Buna bağlı olarak iş sözleşmesi belirsiz süreli kabul edildiğinden, cezaî şart alacağı talebinin reddine karar verilmiştir. Yargıtay ise "...karşılıklı cezaî şart öngören tazminat hükmü; sözleşmenin belirli ve belirsiz süreli olmasına, türüne bağlı değildir. Sözleşmenin belirsiz süreli olması bu tazminat ve alacağın istenmesine engel değildir. Mahkemece bu yönde yapılan değerlendirme hatalıdır.... haksız feshine bağlı cezaî şart tazminatı, TBK'nın 182. Maddesi gereğince indirimine tâbi olup olmadığı değerlendirilmek suretiyle kabul edilmesi gerekir..." şeklinde karara varmıştır. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.27.12.2017, E.2015/17310, K.2017/22163, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 16.01.2019.

⁶⁹³ Y.7.HD., T.02.07.2015, E.2014/19191, K.2015/13511, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 21.04.2017; Y.9.HD., T.05.02.2013, E.2010/20850, K.2013/4273, Legal İSGHD, 2013/10, S.37, s.163 vd.; Y.9.HD., T.21.04.2009, E.2008/9422, K.2009/11563, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 21.04.2017; Y.9.HD., T.20.06.2005, E.2004/30543, K.2005/22081, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 21.04.2017; Y.9.HD., T.07.03.2011, E.2011/6507, K.2011/6290, Legal İSGHD, 2011/8, S.31, s.1182 ve bu kararı eleştiren yazar için bkz. A. Can Tuncay, "İş ilişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011**, Ankara, Kamu-İş, 2013, s.45-47; Y.9.HD., T.08.11.2013, E.2011/39867, K.2013/28716, Çalışma ve Toplum, 2014/1, s.440 ve bu kararı eleştiren yazar için bkz. Alp, **Değerlendirme 2013**, s.180. Yargıtay'ın kararına konu olan bir uyuşmazlıkta bu sefer davalı işçi, sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ve dolayısıyla cezaî şartın geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Yargıtay da bu doğrultuda karar vermiştir.

kararda, resen objektif neden incelemesi yapılarak varılan sonuç şu ifadelerle açıklanmıştır: “...Gerek belirli gerekse belirsiz iş sözleşmelerinde, cezaî şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Ancak, sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezaî şartın geçerli olabilmesi için, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması zorunludur. Somut uyuşmazlıkta; sözleşmedeki cezaî şart belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshine bağlanmıştır. Ancak davacı ile birden fazla sözleşme imzalandığı gibi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını gerektirir objektif ve esaslı neden bulunmamaktadır. Bu nedenle cezaî şart talebinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...”⁶⁹⁴. Bu yöndeki kararlar hakkındaki görüşümüz aşağıda açıklanmıştır⁶⁹⁵.

(2) Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Belirli süreli iş sözleşmesinin, objektif neden yokluğu nedeniyle belirsiz süreli sayılması haline ilişkin kanuni yaptırımın doğurduğu hukuki sonuçlara yönelik olarak, Yargıtay daireleri arasında bir içtihat birliği olmadığına yukarıda yer verildi. Bu konu, doktrinde de oldukça tartışmalıdır. Bu noktada belirtilmelidir ki, esasen Yargıtay kararlarında yer alan iki ayrı husus tartışma konusudur. Sistematik bir inceleme yapılabilmesi için öncelikle iki tartışma konusunun ayrı ayrı ele alınması, daha sonra görüşümüze yer verilmesi uygun görülmüştür.

i. Objektif Neden Yokluğunun İşverence İleri Sürülmesine İlişkin Görüşler

İşçi, belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi dolayısıyla, bakiye süre ücreti tutarında tazminat ile cezaî şart talepli dava açabilecektir. Bu dava kapsamında ortaya çıkan ilk tartışmalı konu, davalı işverenin sözleşmenin belirli süreli

Oysa ki davalı, 5580 sayılı Kanun kapsamında çalışmakta olan özel okul öğretmenidir ve kanunen sözleşmesi belirli süreli imzalanmaktadır. Yargıtay'ın bu yönden eleştirilebilecek kararı için bkz. Y.9. HD., T.27.04.2016, E. 2015/1301, K. 2016/10670, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 21.04.2017.

⁶⁹⁴ Y.9.HD., T.04.04.2017, E. 2017/3977, K. 2017/5968, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 18.03.2018.

⁶⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. 2.Bölüm, I, D, 2, d, (3).

yapılması için objektif neden olmadığı yönünde bir iddiada bulunmasının geçerliliği ya da hâkimin resen bu incelemeyi yapma yetkisinin olup olmadığıdır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, Yüksek Mahkeme'nin resen objektif neden incelemesi yaptığı kararları isabetsizdir. Bu nedenle sözleşmenin, objektif neden olmasa bile belirli süreli sayılması ve bakiye süre ücreti tutarında tazminat ile cezaî şart ödenmesine karar verilmesi gerekmektedir⁶⁹⁶.

Doktrinde bu görüşe ilişkin ilk gerekçenin temelinde özetle, İş Hukuku'nun kendine özgü emredici yapısının ve sosyal kamu düzeninin dikkate alınması gerektiği yer almaktadır⁶⁹⁷. Aksi takdirde işverenin kendi hukuka aykırı davranışından yarar sağlayacağı belirtilmektedir. Bu sonucun ise kanun koyucunun düzenlemeyi getirmesindeki amaç ile taleple bağlılık ilkesine aykırı olacağı ileri sürülmektedir⁶⁹⁸. Sonuç olarak bu hususu ne mahkeme resen dikkate almalıdır ne de işveren ileri sürebilmelidir⁶⁹⁹. Davalı işverenin objektif neden yokluğunu ileri sürmesinin isabetli

⁶⁹⁶ Baycık, **Değerlendirme 2016**, s.181. Bu konuda doktrinde bir yazar, farklı gerekçelerle aynı sonuca ulaşmaktadır. Yazara göre, Yargıtay'ın resen objektif neden incelemesi yaptığı kararları kendi içinde hukuken tutarlı ve doğrudur. Nitekim İşK m.11 emredicidir ve buradaki yaptırım belirli süreli sözleşmenin baştan itibaren belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesidir. Bu sonuç nedeniyle belirsiz süreli sayılan sözleşmeye dayanılarak bakiye süre ücreti de talep edilemez. Bu hüküm emredici olduğu için, mahkeme resen inceleme yapabilecektir. Bununla birlikte varılan sonuç İş Hukuku'nun gereklerine uygun olmayıp, adil de değildir. Yazar tarafından, Alman Hukuku'nda (*Teilzeit- und Befristungsgesetz §17*) olduğu gibi, hukukumuzda da objektif neden yokluğu ile sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğünü sadece işçinin ileri sürebileceği açık bir düzenleme yapılması önerilmektedir. Fakat bu yönde bir düzenleme mevcut olmasa da normun koruma amacından hareket edilebileceği savunulmaktadır. Bu değerlendirme için bkz. Alp, **Değerlendirme 2013**, s.181, 184.

⁶⁹⁷ Alp, **Değerlendirme 2013**, s.182-183; Muhittin Astarlı, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**, İstanbul, On İki Levha, 2017, s.236-237. Sosyal kamu düzeni normu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.33

⁶⁹⁸ Tuncay, **Değerlendirme 2011**, s.47. Tarafların iddiası bulunmadan hâkimin objektif neden araştırma yetkisi yoktur. Nitekim objektif neden, kamu düzenine ilişkin bir husus değildir. Bkz. Tuncay, **Değerlendirme 2011**, s.47; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Belirli Süreli Sözleşme**, s.271-272.

⁶⁹⁹ Şöyle ki sözleşme ilişkisi içindeki norm, sözleşme taraflarından birinin korunması amacıyla getirilmiş ise norma aykırılığın ileri sürülmesi, normun niteliği ile hakkın kötüye kullanılması yasağından hareketle normla korunan kişiye aittir. İş Hukuku'nda nispi emredici normlarla, işçinin korunması amaçlandığından düzenlemeye aykırılığın yaptırımından da sadece işçi yararlanmalıdır. Dolayısıyla işverenin, sözleşme hükmünün geçersizliğini ileri sürme imkânı olmamalıdır. Bu nedenle objektif neden yokluğu normun koruma amacından hareketle sadece işçi tarafından ileri sürülebilmelidir. Bkz. Kübra Doğan Yenisey, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, İstanbul, Beta, 2014, s.372 vd.; aynı yazar, **Sosyal Kamu Düzeni**, s.69-71; Alpagut, **Değerlendirme 2014**, s.37; Astarlı, **Değerlendirme 2015**, s.236. Aksi halde işçinin bakiye süre ücretinden mahrum kalma, süresinden önce fesih için kararlaştırılan cezaî şartı talep hakkını kaybetme ve işe iade davası açma süresini de kaçırmaya olasıdır. Ayrıca bildirim ve kıdem tazminatı talepli tekrar dava açması da para ve zaman kaybına neden olacaktır. Bu durumda sözleşmenin belirsiz süreli sayılmasından işçi değil, işveren yarar elde etmiş olacaktır. Diğer bir ifadeyle işveren hukuka aykırı davranışı sonucunda yargı eliyle menfaat elde

olmadığı yönündeki görüşün ikinci gerekçesi ise hakkın kötüye kullanılması ve bu ilkeye dâhil olan çelişkili davranış yasağıdır. Bu gerekçeye dayanılarak, Yargıtay'ın aksi yöndeki kararları eleştirilmektedir⁷⁰⁰.

Objektif nedenin işverence ileri sürülmesi veya hâkimin resen inceleme yapması tartışmasında farklı bir görüş de savunulmaktadır⁷⁰¹. Şöyle ki belirli süreli sözleşme ile çalışan aynı konumda iki işçiden birinin, sözleşmeyi belirsiz süreli kabul ederek işe iade davası açması ve bu davaya bağlı hukuki sonuçları talep etmesi mümkündür. Bununla birlikte diğer işçinin ise belirli süreli sözleşme olduğuna dayanarak, bakiye süre ücreti tutarında tazminat ve cezaî şart talepli dava açması ihtimal dâhilindedir. İşte bu gibi durumlarda, hâkim resen objektif neden incelemesi yapmaz ise aynı olayda ve aynı konumdaki işçiler için farklı yönde kararlar verilmesi tehlikesi ile karşılaşılabilir. Ayrıca işçinin korunması ilkesi, belirli süreli sözleşme için her zaman mutlak olarak uygulanmamalıdır. Kimi zaman işverenin de nitelikli işçisini elinde tutmakta menfaati olacağı göz ardı edilmemelidir. Bu gerekçelerle, hâkim resen objektif neden incelemesi yapabilmelidir⁷⁰².

ii. Sözleşmenin Belirsiz Süreli Sayılması Haline İlişkin Görüşler

Belirli süreli iş sözleşmesinin objektif neden yokluğundan belirsiz süreli sözleşme sayılması halinde cezaî şartın akıbeti hususunda da farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Gerçekten de 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce

etmektedir. Bu gerekçe için bkz. Tuncay, **Değerlendirme 2011**, s.46-47. Aynı yönde bkz. Doğan Yenisey, s.377; aynı yazar, **Sosyal Kamu Düzeni**, s.69-71; Alp, **Değerlendirme 2013**, s.182-183; Senyen Kaplan, **İş Hukuku**, s.326; Astarlı, **Değerlendirme 2015**, s.235 vd.; Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Belirli Süreli Sözleşme**, s.271; Baycık, **Değerlendirme 2016**, s.177.

⁷⁰⁰İşveren için getirilen bir sınırlamadan işveren menfaat sağlıyorsa, yaptırım işçi ve işveren bakımından farklı değerlendirilmelidir. Kanun koyucunun abesle iştiğal etmeyeceği dikkate alındığında, hükmün nispi emredici niteliği gereği işçi lehine bir çözüm bulunmalıdır. Böyle bir kabul için hukuki dayanak TMK m.2'deki dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının özel görünümü olan çelişkili davranış yasağıdır. Bu gerekçe için bkz. Mahmut Kabakçı, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin İşçi ve İşveren Açısından Farklı Değerlendirilmesi Gereği", **İÜHF**, C.LXXII, S.2, Berin Ergin'e Armağan, İstanbul 2014, s.136 vd.. Bu gerekçeyi isabetli bulan yazar için bkz. Astarlı, **Değerlendirme 2015**, s.238-239. Bu gerekçeye ek olarak dürüstlük kuralına da aykırılık bulunduğunu ve ayrıca işveren tarafından işçide oluşturulan güvenin korunması gerektiğini ileri süren görüş için bkz. Sözek, s.730; Eyrenci, **Genel Görüşme, Değerlendirme 2013**, s.281; Alpagut, **Değerlendirme 2014**, s.36-37; aynı yazar, **Genel Görüşme, Değerlendirme 2013**, s.281-282; Alp, **Değerlendirme 2013**, s.181.

⁷⁰¹ Bu görüş için bkz. Şahlanan, **Genel Görüşme, Değerlendirme 2013**, s.268.

⁷⁰² Şahlanan, **Genel Görüşme, Değerlendirme 2013**, s.268.

sürelendirmede, hakkın kötüye kullanılması ilkesine dayanılarak bu sonuca ulaşılmaktaydı. Günümüzde ise kanuni bir yaptırım olan objektif neden yokluğu halinde sözleşmenin baştan itibaren belirsiz süreli sayılması, bazı durumlarda işçinin aleyhine sonuçlara neden olmaktadır. Özellikle işçinin bakiye süre ücreti ve sözleşmenin süresinden önce haksız feshine bağlanan cezaî şart talepli dava açması halinde, bu yaptırımın mutlak olarak uygulanması, işçinin bu taleplerinin reddine yol açmaktadır. Doktrinde bu soruna yönelik çeşitli çareler bulunmaya çalışılmaktadır. Amaç işverenin hukuka aykırı davranışı için getirilen yaptırımdan, kendisinin menfaat sağlamasının önlenmesidir⁷⁰³.

Bu konuda ileri sürülen ilk görüşe göre, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kararları ve gerekçesi isabetlidir. İş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olması fark etmeksizin, işverenin fesih özgürlüğünün özüne dokunmamak şartıyla, cezaî şart kararlaştırılması geçerli bulunmaktadır. Bu durumda iş sözleşmesi belirsiz süreli kabul edilse dahi işverence sözleşmenin haklı neden olmaksızın feshi halinde işçi, cezaî şart talep edebilmelidir⁷⁰⁴.

Bu konuda ikili bir ayrım yapan bir görüşe göre, öncelikle hâkimin resen objektif neden araştırması yapması mümkün değildir. Bu nedenle işçi ileri sürmemesine rağmen objektif neden araştırılmış ise sözleşme, kanuni yaptırıma rağmen belirli süreli sayılmalıdır. Bu sonuç, belirli süreli sözleşme için gereken objektif neden somut olayda olmasa bile kabul edilmektedir⁷⁰⁵. Bu nedenle fesih için haklı bir neden yoksa, işçi cezaî şarta hak kazanmalıdır. Bu görüşe göre, eğer objektif neden araştırmasının resen yapılmasında ısrar edilecek veya işçi sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu dolaylı da olsa kabul etmiş ise farklı bir hareket noktası belirlenmektedir. Buna göre sözleşme, bu sefer belirsiz süreli sayılacaktır. Bununla beraber belirsiz süreli sözleşmenin feshinin, haklı nedene dayanmayan tüm fesih halleri bakımından belirli bir süre ile cezaî şart kararlaştırılması yoluyla kısıtlanması mümkündür. Bu nedenle belirli süreli sözleşme objektif neden yokluğundan belirsiz süreli sayılsa bile, belirli bir süre haklı neden olmadan sözleşmenin feshine yönelik

⁷⁰³ Alpagut, s.120-121; Kabakcı, s.133.

⁷⁰⁴ Süzek, s.728-729.

⁷⁰⁵ Baycık, **Değerlendirme 2016**, s.171-172.

cezaî şart kararlaştırılması yönündeki taraf iradesi dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla karşılıklılık kuralına da uyulmuşsa, cezaî şart geçerli kabul edilmelidir. Burada asgari süreli bir sözleşme değil, “*süreli fesih hakkının belirli bir süre cezaî şarta bağlandığı belirsiz süreli sözleşme*” vardır. Bu nedenle cezaî şartın yanı sıra, belirsiz süreli sözleşmeye bağlı olan kıdem ve ihbar tazminatı da ödenmelidir⁷⁰⁶.

Alman Hukuku’ndaki uygulamaya dayanan⁷⁰⁷ diğer bir görüşe göre, bu halde cezaî şartın geçersiz olduğu sonucuna varılmamalıdır. Zira tarafların iradesi, iş sözleşmesinin belirli bir süre boyunca sona erdirilmemesi olup, bu iradeye sahip sözleşme olarak akla “*asgari süreli iş sözleşmesi*” gelmektedir. Bu tür sözleşmede süreli fesih hakkı, belirli bir süre ile sınırlanmaktadır. Bu süre içinde sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi rejimine tâbi olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla belirli süreli olarak kararlaştırılıp, objektif neden yokluğundan belirsiz süreli sayılan sözleşmeler bakımından da asgari süreli sözleşmenin hukuki sonuçlarının uygulanmasının kabulü isabetli bir çözüm olarak ifade edilmektedir. Böylelikle taraflarca kararlaştırılan süre içinde işveren tarafından haklı neden olmaksızın yapılan fesih halinde, işçinin cezaî şart talebi geçerli olacaktır⁷⁰⁸.

Bu konuda ileri sürülen aksi görüşe göre ise belirli süreli sözleşmede, sözleşmenin süresinden önce feshini önlemek amacıyla kararlaştırılan cezaî şartın geçerliliği, sözleşmenin belirli süreli olma niteliğini sürdürmesine bağlıdır. Bu nedenle belirli süreli sözleşme yapılması veya yenilenmesi için objektif neden yoksa, sözleşme

⁷⁰⁶ Baycık, **Değerlendirme 2016**, s.188-190; aynı yazar, **Cezai Şart**, s.13-14.

⁷⁰⁷ Alman Hukuku’nda, 99/70 sayılı AB Yönergesi’ne uyum sağlanması amacıyla 2001 yılında yürürlüğe giren, Kısmi Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Kanun’un (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge-TzBfG*) 16.maddesinde, belirli süreli sözleşmenin geçersizliğinin sonuçları, işçi ve işveren açısından farklı düzenlenmiştir. Sözleşme yine belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmektedir; fakat bu dönüşmenin başladığı zaman, işçinin korunması amacıyla farklı belirlenmiştir. Buna göre m.14’de yer alan objektif nedenlerden birinin bulunmaması halinde, işçi bakımından sözleşme baştan itibaren belirsiz süreli sözleşme sayılacaktır. Dolayısıyla işçi sözleşmeyi bildirim süresine uyararak her zaman feshedebilecektir. Buna karşılık işveren bakımından ise sözleşme asgari süreli sözleşme sayılacak ve nihayet bu süre sonunda, işveren bildirim süresine uyararak fesih imkânına kavuşacaktır. Böylelikle işçi, belirli süreli sözleşmenin koruma kapsamında daha uzun süreli kalabilecektir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Brox, Rütters, Henssler, Rn.590; Wolfgang Hromadka, “Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz”, **NJW**, 2001, 404; Stefani Röwekamp, Michael Worzalla, **Teilzeit- und BefristungsG: kurz kommentiert**, Berlin, Verlag GDA, 2007, s.291-295.

⁷⁰⁸ Alpagut, s.120-121; aynı yazar, **Asgari ve Azami**, s.134; aynı yazar, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.17; aynı yazar, **Genel Görüşme, Değerlendirme 2013**, s.281; Çil, s.48; Alp, **Değerlendirme 2013**, s.185-187.

belirsiz süreli sayılacaktır. Dolayısıyla sözleşmenin süresinden önce feshine bağlanan cezaî şart da geçerliliğini yitirecektir. Bu halde artık belirsiz süreli iş sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır⁷⁰⁹. Görüldüğü üzere bu görüş, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yukarıda bahsi geçen kararları ile aynı doğrultudadır.

(3) Değerlendirme ve Görüşümüz

Bu tartışmada öncelikli olarak belirtmek istediğimiz husus, belirsiz süreli sözleşmede de tarafların hakkın özüne dokunmamak ve belirli bir süre ile sınırlı olmak şartıyla haklı nedenle fesih dışındaki fesihlere yönelik cezaî şart kararlaştırılmasının kanaatimizce de geçerli olduğudur⁷¹⁰. Bu nedenle belirli süreli sözleşmenin objektif neden yokluğundan belirsiz süreli sözleşme sayılması halinde de bu çerçevede yorum yapılması kendi içinde tutarlı olacaktır. Zira bir sonraki başlıkta ayrıca ele alacağımız üzere, asgari süreli sözleşmede kararlaştırılan cezaî şart ile belirsiz süreli sözleşmenin belirli bir süre için feshedilmemesine bağlanan cezaî şart farklı amaca ve hukuki sonuca sahiptir. Asgari süre içinde sözleşmenin işverence haksız feshine bağlanan cezaî şart, sözleşmenin bu süre içinde sona ermemesini teminat altına almaktadır. Nitekim asgari süreli sözleşmede, sözleşmenin en erken sona erdirilebileceği tarih belirlenmektedir. Dolayısıyla haksız fesih yapılsa bile, sözleşme sona ermeyecek ve TBK m.408 uyarınca işveren temerrüdü ile seçimlik cezaî şart hükümleri devreye girecektir. Belirsiz süreli sözleşmenin feshinin belirli bir süre için cezaî şart kararlaştırılarak sınırlandırılması halinde ise bu taahhüde aykırı davranılarak haksız fesih yapılması sözleşmeyi sona erdirecektir. Zira fesih hakkı, cezaî şart ile sadece sınırlandırılmıştır, ortadan kaldırılmamıştır. Dolayısıyla fesih gerçekleştirilmesi durumunda, belirsiz süreli sözleşmenin sona ermesine ilişkin hukuki sonuçlar ile seçimlik ya da ifaya eklenen cezaî şart kararlaştırılmış olmasına göre yaptırım uygulanacaktır. Böylelikle sözleşmenin asgari süreli sözleşme olduğu kabulüne oranla, fesih hakkının belirli bir süre için cezaî şart kararlaştırılarak sınırlandırıldığı belirsiz süreli sözleşme olduğu kabulü daha avantajlı olacaktır. Zira işçi, iş güvencesine tâbi olsun olmasın, ihbar ve kıdem tazminatı ile cezaî şart talep

⁷⁰⁹ Bu görüş için bkz. Karagöz, s.146-147.

⁷¹⁰ Bu yöndeki görüşümüz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, a, (1).

edebilecektir. Nitekim ihbar tazminatı ile kıdem tazminatı, cezaî şarta alternatif yaptırımlar değildir. Bu nedenle de cezaî şart ile birlikte talep edilmeleri, seçimlik cezaî şart hükmüne aykırılık da oluşturmaz⁷¹¹. Oysa ki asgari süreli sözleşme olarak kabul edilseydi, işçi sözleşme sona ermediği için aksi kararlaştırılmadıkça sadece bakiye süre ücreti ve cezaî şart talep edebilecekti. Yine asgari süre içinde fesih ile sözleşme sona ermediği için, ihbar ve kıdem tazminatı istenemeyecekti.

3. Azami ve Asgari Süreli İş Sözleşmesi ve Cezaî Şartın Geçerliliği

a. Genel Olarak

İş Kanunu'nda iş sözleşmesi, sona ereceği zaman dikkate alınarak belirli veya belirsiz süreli olarak sınıflandırılmıştır. Belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasındaki amaç, sözleşmenin belirli bir süreden önce sona erdirilmesinin önüne geçmektir. Bununla beraber İşK m.9 uyarınca taraflar, dilerlerse iş sözleşmesini kanunun emredici hükümlerine uygun olmak üzere farklı içerikte de düzenleyebilirler⁷¹². İşte çalışma hayatının gerekleri ile esnekleşme ihtiyacı sonucunda, uygulamada sıklıkla karşılaşılan asgari ve azami süreli iş sözleşmeleri, doktrin ve yargı kararlarında geçerli kabul edilmektedirler. Buna karşılık bu tip sözleşmeler, kanunda özel bir düzenlemeye konu olmamıştır⁷¹³.

Asgari ve azami süreli sözleşmenin, belirli ve belirsiz süreli sözleşme türleri içinde değerlendirilmesi gereken alt türler mi olduğu, yoksa yeni bir sözleşme türü olarak mı ele alınması gerektiği konusu tartışmalıdır⁷¹⁴. Bununla beraber söz konusu hukuki nitelik tartışması bir kenara bırakılırsa doktrinde, asgari ve azami süreli

⁷¹¹ Aynı yönde bir görüş için bkz. Baycık, **Değerlendirme 2016**, s.189-190. İhbar ve kıdem tazminatının cezaî şart ile birlikte talep edilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, (3), i.

⁷¹² Münir Ekonomi, **Ekonomi-Ulucan İş Hukuku Uygulaması: Kararlar ve İncelemeleri**, İş Hukuku Yayınları, İstanbul, 1980, İHU 1980/II, İşK m.9, (No.4); Oğuzman, **Fesih**, s.13; Alpagut, s.12.

⁷¹³ Bu yönde bkz. Oğuzman, **Fesih**, s.13; Süzek, s.260; Alpagut, s.12; aynı yazar, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.15; Ertürk, s.233; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.21 vd.; Güler, s.33; Ebru Erener, **Türk İş Hukukunda Asgari Süreli İş Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2017, s.48 vd..

⁷¹⁴ Ayrı bir sözleşme türü olarak kabul eden görüş için bkz. Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.133. Aksi görüşte bkz. Güzel, s.260.

sözleşmelere uygulanacak hükümler ile cezaî şartın geçerliliği bakımından da görüş ayrılığı olduğu söylenebilecektir.

Bu başlık altında, konumuz ile sınırlı kalınarak asgari ve azami süreli sözleşme türleri bakımından cezaî şart kararlaştırılmasının geçerliliği ele alınacaktır.

b. Azami Süreli İş Sözleşmesi ve Cezaî Şart

İş sözleşmesi tarafları, sözleşmenin azami bir süre için devam edeceğini kararlaştırabilecektir. Azami süreli sözleşmede kural olarak sözleşme, azami sürenin dolması ile birlikte kendiliğinden sona ermektedir. Zira taraflar azami süreli sözleşme kurarken, bu sözleşmenin en çok ne kadar süre yürürlükte kalacağını kararlaştırmaktadır. Ancak sürenin dolmasından önce, kanundaki veya sözleşmedeki bildirim sürelerine uyularak sözleşmenin olağan feshi ve haklı nedenle feshi mümkün kabul edilmektedir⁷¹⁵.

Azami süreli sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde bir görüş, belirlenen süre içinde fesih hakkı vermesine dayanarak belirsiz süreli olarak değerlendirilmesinin, TBK m.438 ile İşK m.11 hükmüne aykırı olacağını ileri sürmektedir. Dolayısıyla azami süreli sözleşmeyi, yeni bir sözleşme türü kabul etmek yerine, belirli süreli sözleşme saymanın isabetli olacağını ileri sürmektedir⁷¹⁶. Başka bir görüşe göre ise azami süreli sözleşme hem belirli hem belirsiz süreli sözleşme tipine yakın olduğundan karma niteliğe sahiptir⁷¹⁷. Zira azami süre içinde sözleşmenin olağan fesih yoluyla feshedilmesi mümkün olduğundan, belirsiz süreli iş sözleşmesi

⁷¹⁵ Geiser, Müller, §2, N.549; Ekonomi, s.32; Oğuzman, **Fesih**, s.14; Alpagut, s.12; aynı yazar, **Asgari ve Azami**, s.134; Şükran Ertürk, “Türk ve Alman Hukukunda Belirli Süreli İş Akidlerine Genel Bir Bakış”, **Kamu-İş**, C.5, S.3, Nisan 2000, s.233; Çil, s.49-50; Ertuğrul Yuvalı, “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Geçerli Olarak Yapılabilmesini Objektif Bir Nedenin Mevcudiyetine Bağlaması Karşısında Asgari ve Azami Süreli İş Sözleşmeleri Bakımından Objektif Nedenin Gerekliği”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.2, 2006, s.331.

⁷¹⁶ Güzel, s.261. Aksi görüş ise azami sürenin sonuna kadar ilişkiyi belirsiz süreli iş sözleşmesine ilişkin hükümlere, süre bitiminde ise belirli süreli iş sözleşmesi hükümlerine tâbi tutmaktadır. Dolayısıyla İşK m.11, azami süreli sözleşme kurulmasına engel görülmediği gibi, süre sonunda sözleşme kendiliğinden sona ereceğinden, sözleşme kurulurken objektif neden aranması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Süzek, s.260; Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.134-135; aynı yazar, **4857 sayılı Yasa**, s.76; Güler, s.35-36; Yuvalı, s.332; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.30-31; Çil, s.47-50.

⁷¹⁷ Alpagut, s.14; aynı yazar, **Asgari ve Azami**, s.134; aynı yazar, **4857 sayılı Yasa**, s.76; Güler, s.35.

olduğu kabul edilebilecektir. Bunun yanı sıra azami süre sonunda kendiliğinden sona ereceğinden belirli süreli iş sözleşmesine yaklaşmaktadır⁷¹⁸.

Azami süreli iş sözleşmesinin, belirlenen süre sonunda kendiliğinden sona ereceği kararlaştırıldığından, belirli süreli sözleşme imzalanmasına yönelik sınırlamalara tâbidir. Gerçekten de azami süreli iş sözleşmesi imzalanırken objektif nedenlerin bulunması beklenmektedir. Aksi halde sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekecektir⁷¹⁹.

Azami süreli sözleşme, azami süre içerisinde belirsiz süreli sözleşme özelliği göstermektedir⁷²⁰. Fakat azami süre içinde belirli bir süre ile sınırlı olmaksızın fesih hakkının kullanılmasına yönelik cezaî şart kararlaştırılması, kanaatimizce geçerli kabul edilemez. Nitekim azami süre içinde tarafların süreli fesih hakkının cezaî şarta bağlanması, Anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile girişim özgürlüğüne aykırı olacaktır. Bununla beraber azami süre içinde sözleşmenin işçi veya işveren tarafından haksız feshedilmesi hali için, TBK m.420'deki işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağı dikkate alınarak cezaî şart kararlaştırılması mümkündür⁷²¹.

⁷¹⁸ Alpagut, s.14; Karagöz, s.149. Azami süreli iş sözleşmesini, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri arasında karma bir tip olarak nitelendirmek gerekeceği yönünde bkz. Alpagut; **4857 Sayılı Yasa**, s. 76.; aynı yazar, s.14 Yuvalı, s.332.

⁷¹⁹ Alpagut, **4857 Sayılı Yasa**, s.76; Güler, s.36.

⁷²⁰ Azami süre içinde belirsiz süreli sözleşme niteliğini haiz olduğundan, fesih için bildirim süresine uyulması gerekmektedir. Bunun yanı sıra fesih için iş güvencesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Alpagut, s.14; Güler, s.36; Yuvalı, s.332. Bu yönde bir Yargıtay kararında “...*Kaldı ki; ilk sözleşmede, tarafların, kararlaştırdıkları azami süre içerisinde her zaman bildirimli fesihle (feshi bildirimli) sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı saklı tutulduğuna göre, "Azami Süreli İş Sözleşmesi" niteliğinde olan ilk sözleşmede sürenin dolmasına kadar belirsiz süreli iş sözleşmesi hükümlerine tâbidir. Bu durumda davacının bakiye süre ücreti alacağına ilişkin isteğinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...*” şeklinde ifadeye yer verilmiştir. Bu karar için bkz. Y.22.HD., T. 15.05.2012, E. 2012/3982, K. 2012/9899, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 12.01.2019.

⁷²¹ Azami süreli sözleşmede kararlaştırılan cezaî şartın geçerliliği bakımından Yargıtay tarafından verilmiş fazla karar mevcut değildir. Bu konuda eski tarihli bir karar için bkz. Y.9.HD., T.17.11.1992, E.1992/8777, K.1993/12603, İHD, C.3, S.2, s.306.

c. Asgari Süreli İş Sözleşmesi ve Cezaî Şart

(1) Genel Olarak

Asgari süreli sözleşmede taraflar, kararlaştırdıkları sürenin sonuna kadar sözleşmeyi feshetmemeyi taahhüt etmektedirler⁷²². Kanunda düzenleme olmamasına rağmen asgari süreli sözleşme kurulması, doktrinde ve yargı kararlarında⁷²³ geçerli kabul edilmektedir⁷²⁴.

Asgari süreli sözleşme, asgari süre içindeki dönem ve asgari süre dolduktan sonraki dönem olarak, özellikle sözleşmenin haksız feshi bakımından farklı hukuki sonuçların doğmasına neden olmaktadır⁷²⁵. Zira asgari süre dolana kadar olağan fesih yolu açık değildir. Ancak bu süre dolduktan sonra taraflar olağan fesih gerçekleştirebileceklerdir. Kuşkusuz bu süre içinde de haklı nedenle fesih hakkı saklıdır. Asgari sürenin bitiminde ise sözleşme, belirli süreli sözleşmeden farklı olarak kendiliğinden sona ermemektedir. Aksine sözleşme belirsiz süreli sözleşme olarak devam etmektedir. Asgari süre bittikten sonra, feshe ilişkin hüküm ve sınırlamalara uyularak olağan fesih yoluyla sözleşme sona erdirilebilecektir⁷²⁶.

Bu noktada işçinin veya işverenin asgari süre içinde sözleşmeyi haksız feshi halinde ortaya çıkacak hukuki sonuçlar önemi haizdir. İşçinin, asgari süre içinde veya süre dolduktan sonra sözleşmeyi haksız feshi halinde, hem belirli hem belirsiz süreli sözleşmeler için uygulama alanına sahip olan TBK m.439'un devreye gireceği ifade edilmelidir⁷²⁷. Sözleşmenin haksız feshi halinde 1475 sayılı İşK m.14 uyarınca, işçinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağı da belirtilmelidir. Bununla birlikte işverenin

⁷²² Taraflar, asgari süreyi serbestçe belirleyebilirler. Fakat doktrinde bunun bir üst sınırının bulunması gerektiği ifade edilerek, TMK m.2'nin yanı sıra TBK m.430/3'deki düzenlemenin asgari süreli sözleşmelerin süresi bakımından sınır kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Alpagut, **Asgari Süreli Sözleşme**, s. 15; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.25.

⁷²³ Bu yönde bkz. Y.22.HD., T.12.11.2015, E. 2014/18143 K. 2015/30903, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 16.04.2017. Y.9.HD., T.18.03.2015, E. 2015/2422, K. 2015/10971, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 12.01.2019.

⁷²⁴ Asgari süreli sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.13; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.21.

⁷²⁵ Alpagut, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.14; Yuvalı, s.330.

⁷²⁶ Geiser, Müller, §2, N.549; Ekonomi, s.31; Oğuzman, **Fesih**, s.14; Süzek, s.266; Güzel, s.260; Alpagut, s.12-13; aynı yazar, **Asgari ve Azami**, s.133; Ertürk, s.233; Astarlı, **Değerlendirme 2015**, s.337; Güler, s.33; Karagöz, s.148; Erener, s.137 vd..

⁷²⁷ Aynı yönde bkz. Erener, s.162-163.

haksız feshi hali bakımından konunun, hangi sözleşme rejimine tâbi olduğunun kabul edilmesine göre bir ayırım yapılarak, aşağıda derinlemesine incelenmesi uygun görülmüştür⁷²⁸.

Konumuzla doğrudan bağlantılı olan tartışmalı bir hususa daha değinilmelidir. Asgari süreli sözleşmede, asgari süreden önce haklı neden olmaksızın sözleşmenin feshedilmesi olasılığına karşılık cezaî şart kararlaştırılması, doktrinde ve yargı kararlarında geçerli kabul edilmektedir. Nitekim taraflar, cezaî şart kararlaştırılması yoluyla asgari süre boyunca sözleşmenin devamını güvence altına almayı amaçlamaktadır. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir kararında isabetli şekilde, “...*Asgari süreli sözleşmelerde cezaî şart konulamayacağı yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu tür iş sözleşmelerinde, cezaî şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir...*” ifadesine yer vererek bu hususa dikkat çekmiştir⁷²⁹.

Asgari süreli iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart bakımından tartışmaya açık en önemli konu ise asgari süre içinde cezaî şartın, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi türlerinden hangisinin hukuki rejimine tâbi olduğudur. Nitekim asgari süreli iş sözleşmesinin haksız feshine hangi hukuki rejimin uygulanacağını tespiti, işçinin cezaî şart ve diğer haklarını talep etmesi bakımından farklılık yaratabilmektedir. Gerçekten de eğer işveren tarafından asgari süre içinde yapılacak haksız feshe, belirsiz süreli sözleşme hükümleri uygulanacaksa iş güvencesi hükümlerinin; belirli süreli sözleşme hükümleri uygulanacak ise bakiye süre ücreti tutarında tazminat ödenmesine ilişkin hükümlerin incelenmesi gerekecektir.

⁷²⁸ Bkz. 2. Bölüm, I, D, 3, c.

⁷²⁹ Y.22. HD., T. 5.5.2016, E. 2015/12412, K. 2016/13607, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 18.05.2018. Aynı yönde bkz. Y.22.HD., T.14.01.2016, E.2014/26321, K.2014/631, Legal İSGHD, 2016/51, s.1708-1709; Y.7.HD., T.10.09.2014, E.2014/9811, K.2014/16632, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 18.05.2018. Ayrıca aynı yönde bir Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararı için bkz. Y.9.HD., T.30.03.2017, E.2017/19244, K.2017/5337, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 18.05.2018. Yargıtay, Yerel Mahkeme'nin taraflar arasında imzalanan sözleşmenin belirli süreli olarak imzalandığı; fakat objektif neden yokluğundan belirsiz süreli sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiği; dolayısıyla bakiye süre ücreti alacağı ve cezaî şart talebini reddettiği kararını kanuna aykırı bularak bozmuştur. Nitekim Yargıtay tarafından bozma kararında, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin asgari süreli sözleşme olduğu, sözleşmede belirlenen cezaî şartın koşullarının oluşup oluşmadığı değerlendirildikten sonra, koşullarının oluştuğu tespit edilirse TBK m.182/son uyarınca indirim yapılarak karar verilmesi gerektiği yönünde gerekçe gösterilmiştir. Bu karar için bkz. Y.22.HD., T.09.03.2016, E.2015/30, K.2016/6975, Legal İSGHD, 2016/52, s.2272-2274.

(2) Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi Rejimine Tâbi Tutan Görüş Bakımından

Asgari süreli sözleşme doktrinde, çoğunlukla süreli fesih hakkı asgari süre ile sınırlandırılmış belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak açıklanmaktadır⁷³⁰. Bununla beraber asgari süreli sözleşmeyi belirsiz süreli sözleşme hukuki rejimine tâbi tutan yazarlar, birçok farklı gerekçe ileri sürmektedir.

Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, asgari süreli sözleşmenin süresi dolduktan sonra sona erdirilmesinin, belirsiz süreli iş sözleşmesinin sona ermesi hükümlerine tâbi olduğu konusunda bir tereddüt yoktur⁷³¹. Buna karşılık asgari süre içerisinde sözleşmenin haksız feshedilmesinde, asgari süreli sözleşmenin haksız feshi ile belirli süreli sözleşmenin haksız feshinin hukuki niteliğinin farklı olduğu dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Zira asgari süreli sözleşmede taraf iradeleri, bu süre içinde sözleşmenin süreli feshedilememesi, yani en erken asgari süre sonunda feshedilmesi yönündedir. Oysa ki belirli süreli sözleşmenin süresinden önce haksız feshi, TBK m.438 uyarınca kanunen bir fesih niteliğinde olup, sözleşmenin sona ermesine neden olmaktadır. Bu nedenle asgari süre içinde yapılan haksız fesih ile sözleşmenin sona erdiğini kabul etmek, bu sözleşmenin aslında asgari süre dolduktan sonra belirsiz süreli sözleşme rejimine tâbi olduğu görüşü ile de çelişki yaratacaktır⁷³². Bu nedenle de asgari süreli sözleşme süresi içinde, bildirimli fesih hakkı kullanılamayacağından, bu süre içinde haklı neden olmaksızın feshedilirse, sözleşme sona ermeyecektir. Bu noktada ise BK m.325 (TBK m.408) uyarınca temerrüt

⁷³⁰ Ekonomi, s.31-32; Oğuzman, **Fesih**, s.13-14; Süzek, s.266; Alpagut, s.12-13; aynı yazar, **Asgari ve Azami**, s.133; aynı yazar, **4857 sayılı Yasa**, s.75; Güler, s.33. Çil, konu hakkında yaptığı değerlendirmede, asgari süreli sözleşmenin belirsiz süreli sözleşme rejimine daha yakın olduğuna dikkat çekerken; işçinin bir yandan iş güvencesinden yararlandırılmasını diğer yandan ise bakiye süre ücretine hak kazandıracak yorum yapılmasını eleştirmektedir. Yazara göre, işçi iş güvencesine tâbi ise işe iade davası açabilecektir. Fakat İşK. m.21/son gereği bakiye süre ücreti talep edemeyecektir. Bu değerlendirme için bkz. Çil, s.48-49. Güzel, asgari süreli sözleşmeyi temelde yeni bir sözleşme olarak saymanın hukuki sorunlara yol açacağını, bu nedenle mevzuatımızda öngörülmeleyen bir sözleşme türü olmayıp, fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin belirsiz süreli sözleşme içinde yer alan bir hüküm olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Güzel, s.260.

⁷³¹ Güzel, s.260; Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.133; aynı yazar, **4857 sayılı Yasa**, s.76.

⁷³² Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.134.

hükümleri uygulama alanı bulmalıdır⁷³³. Yani işçi, asgari süre sonuna kadar olan bakiye süre ücretini talep edebilecek ve sözleşme, ancak bu sürenin bitiminde İşK m.17 vd. fesih hükümlerine tâbi olacaktır⁷³⁴. Nitekim asgari süreli sözleşme, esasında işçinin iş güvencesi hükümlerinden ve feshe bağlı tazminatlardan yararlanmasının engellenmemesi amacına hizmet etmektedir⁷³⁵.

Bu konuda diğer bir görüşe göre tarafların, asgari süre içinde olağan veya haklı nedene dayanmayan fesih yoluna gitmeleri ihtimal dâhilindedir. Hatta asgari süre içinde de sözleşme belirsiz süreli sözleşme rejimine tâbi olduğundan, olağan feshe ilişkin hükümlere uyulmalıdır. Ancak asgari süre içinde haklı neden dışında feshin yasak olması nedeniyle, bu süre içinde yapılan feshe rağmen, sözleşmeyi askıda bir sözleşme olarak kabul etmek gerekecektir⁷³⁶. Bu halde asgari süre dolduktan sonraya kadar feshin sonuçları ertelenecek ve bu süre dolunca belirsiz süreli sözleşmenin feshine yönelik hukuki sonuçlar ortaya çıkacaktır⁷³⁷.

Asgari sürenin bitiminden önce işverence haklı neden olmaksızın yapılan feshin hukuki sonuçlarına yönelik farklı bir görüş daha ileri sürülmektedir⁷³⁸. Bu görüşe göre, asgari süreli sözleşme yine belirsiz süreli sözleşme rejimine tâbi kabul edilmektedir. Fakat farklı olarak, asgari süre dolmadan sözleşmenin haklı nedene dayanmaksızın feshi halinde, sözleşmenin derhal sona erdiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte bu fesih, haksız fesih niteliğinde olduğundan, belirsiz süreli sözleşmenin işveren tarafından haksız feshinin hukuki sonuçları uygulama bulmalıdır. Dolayısıyla işçi, iş güvencesi kapsamındaysa işe iade davası açabilecektir. Buna karşılık işçi, iş güvencesine tâbi değil ise ihbar tazminatı ve şartları varsa kıdem tazminatı talep edebilecektir. Hatta fesih kötüniyetli ise kötüniyet tazminatına veya TBK m.438'deki haksız fesih tazminatına hükmedilebilecektir. Bununla birlikte asgari

⁷³³ Yazarın bu görüşü savunduğu dönemde TBK henüz yürürlüğe girmediği için, asgari süreli sözleşmenin haksız feshinde BK m.325 kapsamında temerrüt hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Buna bağlı olarak da işçinin bakiye süre ücreti talep edebileceği; fakat bunun tazminat niteliğinde olmadığı savunulmaktadır. Bkz. Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.134; aynı yazar, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.15.

⁷³⁴ Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.134. Karş. Güler, s.34.

⁷³⁵ Alpagut, **4857 sayılı Yasa**, s.75-76.

⁷³⁶ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güler, s.34. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Alpagut, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.16-17.

⁷³⁷ Güler, s.34.

⁷³⁸ Astarlı, **Değerlendirme 2015**, s.339.

sürelî sözleşme, belirsiz süreli sözleşme rejimine tâbi olduğu için, işçi TBK m.408 veya TBK m.438 kapsamında bir talepte bulunamayacaktır. Yine bu görüşe göre işçi, sözleşmenin ifa edilememesinden doğan müspet zararının giderilmesi için genel hükümlere göre dava da açabilecektir. Haksız fesih bir cezaî şarta bağlanmışsa aynı görüşe göre, taraflar bu cezaî şartı da talep edebilecektir⁷³⁹.

İş sözleşmesinin belirli bir süre için haklı neden olmaksızın feshini önlemek adına, cezaî şart kararlaştırılabilmektedir⁷⁴⁰. Asgari süreli iş sözleşmesinde ise sözleşmede belirlenen süre boyunca, sözleşmenin olağan fesih yoluyla sona erdirilmemesi taahhüt edilmektedir. Bununla birlikte bu yükümlülüğe aykırı davranılması ihtimali gözetilerek, uygulamada sıklıkla cezaî şart kararlaştırılmaktadır. Asgari süre içindeki haksız feshi önlemek için kararlaştırılan cezaî şart, Yargıtay tarafından geçerli sayılmaktadır⁷⁴¹. Fakat asgari süreli sözleşme bakımından önem arz eden husus ise asgari süre sona erdikten sonra sözleşmenin artık bir süre sınırına tâbi olmaksızın belirsiz süreli sözleşme olarak varlığını sürdüreceğidir. Dolayısıyla asgari

⁷³⁹ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, **Değerlendirme 2015**, s.339 vd.. Bu görüşün, asgari süreli sözleşme ile belirsiz süreli sözleşme imzalamak arasında fark kalmadığı yönünden eleştirisi için bkz. Alpagut, **Değerlendirme 2015, Genel Görüşme**, s.395 vd..

⁷⁴⁰ Buna karşılık Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından yukarıda da belirtildiği gibi, sözleşmenin belirli süreli olarak imzalanmasına rağmen objektif neden yokluğundan belirsiz süreli sayılması halinde, fesih süresine bağlanan cezaî şart kararlaştırılması geçerli kabul edilmemektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve Yargıtay daireleri arasındaki farklı yönde kararlar için bkz. 2. Bölüm, I, D, 2, d.

⁷⁴¹ Asgari süreli sözleşmede kararlaştırılan cezaî şartın geçerli olduğuna dair Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında şu ifadelerle yer verilmiştir: “...Gerek belirli gerekse belirsiz iş sözleşmelerinde, cezaî şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Ancak, sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezaî şartın geçerli olabilmesi için, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması zorunludur. Asgari süreli iş sözleşmelerine de aynı şekilde hükümler konulması mümkündür...” Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.15.01.2015, E.2014/36502, K.2015/777, (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr, 18.05.2018. Aynı yönde bkz.Y.9.HD., T.21.12.2017, E.2015/18041, K. 2017/22001, (Çevrimiçi), www.lexpera.com.tr, 12.01.2019. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir kararında, asgari süreli sözleşmede cezaî şart kararlaştırılmasını engelleyecek bir düzenleme olmadığına açıkça dikkat çekmektedir: “...Asgari süreli sözleşmelerde cezaî şart konulamayacağı yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu tür iş sözleşmelerinde, cezaî şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Somut olayda, taraflar arasında imzalanan sözleşme asgari süreli iş sözleşmesi olup, bu tür sözleşmelerde cezaî şart düzenlemesine yer verilmesi mümkündür...”. Bu karar için bkz. Y.22.HD.,T.12.11.2015, E.2014/18143, K.2015/30903, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 18.05.2018. Benzer yönde bkz.Y.9.HD., T.19.10.2017, E.2015/13969, K.2017/16218, Legal İSGHD, 2018/57. Bu kararlara karşılık Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, bir kararında asgari süreli sözleşme kurumunu dikkate almaksızın davacının yaptığı işin dikkate alınması sonucu belirsiz süreli sözleşmenin var olduğu; belirsiz süreli sözleşmenin süresinden önce feshine bağlanan cezaî şartın ise geçersiz olduğu sonucuna varmıştır. Bu karar için bkz. Y.7.HD., T.22.12.2015, E.2014/21228, K.2015/26126, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 18.05.2018 ve bu kararın belirsiz süreli sözleşme tespitini isabetli bulan; fakat belirsiz süreli sözleşmenin süresinden önce feshine cezaî şart bağlanamayacağı ifadesiyle cezaî şartı geçersiz sayan tespiti ise isabetsiz bulan inceleme için bkz. Astarlı, **Değerlendirme 2015**, s.377-378.

süre içinde haksız feshe karşı kararlaştırılan cezaî şart, bu süre dolduktan sonra geçerliliğini yitirecektir⁷⁴².

Asgari süreli sözleşmenin işverence haksız feshi halinde, belirsiz süreli sözleşme hükümlerinin uygulanmasının kabulünde, doktrinde cezaî şartın geçerliliği İşK m.21/son dikkate alınarak değerlendirilmektedir. Bir görüşe göre, İşK m.21/son hükmü tarafların cezaî şart kararlaştırmalarına engel teşkil etmemektedir. Zira bu hüküm sadece kanunda yer alan tazminatlara ilişkindir. Oysaki cezaî şart, bu tazminatlardan bağımsız bir niteliğe ve amaca sahiptir. Bu nedenle işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın yanı sıra cezaî şart talep etme hakkına da sahiptir⁷⁴³. Bu konuda kanaatimizin İşK m.21/son uyarınca, iş güvencesine tâbi işçiler bakımından cezaî şart kararlaştırılamayacağı olduğunu belirterek ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz⁷⁴⁴. İş güvencesi dışında kalan hallerde ise hakkın özüne dokunmamak ve karşılıklı olmak şartıyla cezaî şart kararlaştırılması mümkündür.

(3) Belirli Süreli İş Sözleşmesi Rejimine Tâbi Tutan Görüş Bakımından

Doktrinde bir görüş tarafından, asgari süreli iş sözleşmesinin asgari süre içinde haksız feshedilmesi halinde uygulanması gereken hukuki rejimin, belirli süreli sözleşme rejimi olduğu ileri sürülmektedir⁷⁴⁵. Zira asgari süreli sözleşmenin belirli bir süre için feshedilememesi, onu belirli süreli sözleşmeye yaklaştırmaktadır. İşte bu görüşe göre, belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshi halinde ortaya çıkan hukuki sonuç olarak, bakiye süre ücreti tutarında tazminat ve/veya cezaî şart talep edilmesinin geçerliliği sorunu çözüme kavuşturulmalıdır. Ancak dikkat edilmelidir ki asgari süre

⁷⁴² Talat Canbolat, Ebru Erener, “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart”, **Türkiye Gıda Ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası İş ve Hayat Dergisi**, 2017/5, s.237-238. Asgari süre dolduktan sonra kanuni fesih hükümleri uygulama alanı bulabileceğinden, cezaî şart anlaşmasının geçerliliği de belirsiz süreli iş sözleşmesi için geçerli olan kurallara bağlıdır. Bkz. Santoro, s.98.

⁷⁴³ Erener, s.176-177; Canbolat, Erener, s.243-244. Asgari süreli sözleşme değil de belirsiz süreli sözleşmede kararlaştırılan cezaî şart için bu görüşü savunan yazar için bkz. Alpagut, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.20. Aksi görüş Karagöz, s.216.

⁷⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, b, (3), ii.

⁷⁴⁵ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.27 vd.; Karagöz, s.149.

sona erdikten sonra bu konunun bir değeri kalmamaktadır. Zira bu durumda sözleşme belirsiz süreli sözleşme rejimine tâbi olacaktır⁷⁴⁶.

Asgari süre içinde belirli süreli sözleşmenin hukuki rejimini kabul eden görüşe göre, asgari süreli sözleşme temelde belirsiz süreli sözleşmedir. Bununla birlikte, asgari süre içinde sözleşmeye belirli süreli iş sözleşmesinin feshine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Dolayısıyla işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacak, işe iade davası açamayacak ve ihbar tazminatı talep edemeyecektir. Buna karşılık asgari sürenin bitiminden önce, işverence sözleşmenin haksız feshedilmesi halinde, belirli süreli iş sözleşmesinde olduğu gibi TBK m.438 kıyasen uygulanarak, işçinin bakiye süre ücreti talep etmesi, haksız fesih tazminatına hükmedilmesi ve şartları varsa kıdem tazminatı istemesi mümkün kabul edilmektedir⁷⁴⁷. Bu görüş, cezaî şartın geçerliliğine ilişkin bir tespitte bulunmamış olmakla birlikte, tutarlılık bakımından, muhtemelen belirli süreli iş sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılması için aranan şartların dikkate alınması gerektiği şeklinde yorum yapılmalıdır.

(4) Karma Görüş Bakımından

İşverenin, asgari süreli sözleşmeyi asgari süre dolmadan haksız feshetmesi haline yönelik tartışmada, doktrinde ileri sürülen başka bir görüş, asgari süreli sözleşmeyi ne tam olarak belirsiz süreli sözleşme rejimine ne de tam olarak belirli süreli sözleşme rejimine tâbi tutmaktadır. Bu nedenle de bu görüş, tarafımızca karma görüş olarak sınıflandırılmıştır.

Bu görüşe göre, asgari süreli sözleşme yine tarafların süreli fesih haklarının bir süre sınırlandırıldığı belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır. Bu halde sözleşmenin haksız feshedilmesi ile sözleşmenin sona erdiği kabul edilerek, haksız feshin hukuki sonuçlarının uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁴⁸. Asgari süreli

⁷⁴⁶ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.27.

⁷⁴⁷ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.27 vd.. Bu görüş, bir yazar tarafından iki yönden eleştirilmektedir. İlk olarak asgari süreli sözleşme kurulması için İŞK m.11'deki objektif şartların aranmaması kabulüne rağmen, asgari süre içinde fesih için kıyasen belirli süreli sözleşme hükümlerinin uygulanmasını ileri sürmek çelişkili bulunmaktadır. İkinci olarak ise belirli süreli sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümlerin uygulanması kabul edilince işçinin, iş güvencesine tâbi olması ve işe iade davası açması engellenmiş olacaktır. Bu eleştiri için bkz. Astarlı, **Değerlendirme 2015**, s.339-340.

⁷⁴⁸ Erener, s.152.

sözleşmenin, asgari süre içerisinde belirli süreli sözleşme olarak değerlendirilmesi eleştirilmektedir. Zira aksi kabul halinde, İşK m.11 uyarınca belirli süreli sözleşmenin süre sonunda kendiliğinden sona ermesi ve buna bağlı olarak kıdem ve ihbar tazminatı talep edilememesi ile iş güvencesinden yararlanılamaması dikkate alınmalıdır. Nitekim asgari süreli sözleşme ile sözleşmenin sona ereceği en erken tarih belirlenmektedir⁷⁴⁹. Asgari süre sona erince sözleşme kendiliğinden sona ermez, belirsiz süreli sözleşme olarak varlığını sürdürür. Bunun sonucunda asgari süreli sözleşme bakımından, belirli süreli sözleşmenin işçi aleyhine sonuçları ortaya çıkmayacağı gibi, sözleşme kurulurken objektif neden de aranmaz. Kısacası bu görüşe göre asgari süre içinde gerçekleşen haksız fesih beyanı ile sözleşme o anda sona erer ve belirsiz süreli sözleşmenin hukuki sonuçları uygulama alanı bulur⁷⁵⁰. Bunun yanı sıra asgari süreli sözleşmede, asgari süre ile sınırlı olarak işçiye iş güvencesi sağlanmaktadır. Bu görüşe göre, işçi İş Kanunu'nda yer alan iş güvencesi şartlarını taşımasa dahi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecek ve işe iade davası açabilecektir⁷⁵¹.

Belirsiz süreli sözleşmenin haksız feshine ilişkin hukuki sonuçların asgari süreli sözleşmeye uygulanmasının kabulünün yanı sıra, bu görüş taraftarlarınca asgari süre içinde sözleşme belirli süreli sözleşme özelliği de göstermektedir. Dolayısıyla bu tür sözleşmenin hukuki sonuçları da devreye girecektir. Buna göre asgari süre boyunca fesih yapılmayacağı taahhüdüne aykırı olarak, sözleşme asgari süre dolmadan haksız feshedildiğinde, bakiye süre ücreti tutarında tazminat, haksız fesih tazminatı ile şartları varsa kıdem tazminatı talep edilebilecektir. Fakat asgari süre içinde bildirimli fesih hakkı olmadığından, sözleşmenin haksız feshi halinde ihbar tazminatı talep edilemeyecektir. Dolayısıyla bu görüşe göre, her somut olaya göre işçinin, TBK m.438

⁷⁴⁹ Erener, s.152.

⁷⁵⁰ Erener, s.153.

⁷⁵¹ Nitekim bu görüşe göre, asgari süreli iş sözleşmesinin imzalanması sırasında asgari süre boyunca işçinin çalıştırılması yönündeki irade gereği, kanunda iş güvencesi için aranan şartlar sağlanmasa bile işçi işe iade davası açabilmeli ve sonuçlarından yararlanabilmelidir. Bkz. Erener, s.153 vd.; Canbolat, Erener, s.242-243.

ile İşK m.21’de yer alan hukuki sonuçlar bakımından hangisinin lehine olduğuna karar vererek, birini tercih hakkı olduğu savunulmaktadır⁷⁵².

Doktrinde yine karma görüş olarak sınıflandırabileceğimiz, fakat bu kez farklı gerekçelerden yola çıkan başka bir görüş daha incelemeye değerdir. Bu görüşe göre de asgari süreli iş sözleşmesi, belirsiz süreli iş sözleşmesinin bildirimli fesih hakkının belirli bir süre sınırlandırıldığı bir sözleşmedir. Fakat asgari süre içinde işverence yapılan haksız fesih hali için iş güvencesine tâbi olup olmama hususu dikkate alınarak karma bir görüş oluşturulmuştur. Asgari süre içinde veya süre sona erdikten sonra sözleşmenin haksız feshi halinde, iş güvencesi hükümleri devreye girebilecektir⁷⁵³. Nitekim İşK m.25/son uyarınca, işverenin feshi m.25’de yer alan haklı nedenlerden birine dayanmazsa, işçi iş güvencesi hükümleri uyarınca işe iade davası açabilecektir. Bununla birlikte işçinin, asgari süreli iş sözleşmesinin haksız feshi halinde de işe iade davası açabilmesi, İşK m.18’de yer alan iş güvencesi şartlarının sağlanması halinde mümkündür. Dolayısıyla iş güvencesine tâbi olmayan işçi bakımından bakiye süre ücreti talebi mümkün hale gelecektir⁷⁵⁴. Kısacası iş güvencesi şartları dikkate alınarak, asgari süreli sözleşmenin haksız feshinin hukuki sonuçları bakımından çözüm sunulmaktadır. Eğer işçi, iş güvencesi kapsamında ise işe iade davası açabileceğinden bakiye süre ücret tutarında tazminat talebi reddedilmelidir. Buna karşılık işçi, iş güvencesine tâbi değilse bakiye süre ücreti tutarında tazminat talep edebilmelidir⁷⁵⁵.

Bu başlık altında ele alınan karma görüş kabul edilince, asgari süreli sözleşmeyi etkili kılmak için kararlaştırılan cezaî şartın akıbeti de ayrı bir tartışma konusu oluşturmaktadır. Acaba işçi, asgari süreli iş sözleşmesinin haksız feshedilmesi halinde, bakiye süre ücreti tutarında tazminat talep edince, sözleşmede kararlaştırılan

⁷⁵² Bu görüş kabul edildiğinde, asgari süreli sözleşmenin hem belirsiz süreli sözleşme hem de belirli süreli sözleşme özellikleri göstermesi sonucunda, aynı anda iki kuruma ait hükümlerden yararlanıp yararlanmayacağı sorununun çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Zira işçinin hem iş güvencesi hükümlerinden yararlanması hem de bakiye süre ücreti talep edebilmesi birbiri ile çelişkilidir. Bu görüşü savunan yazarlar, bu çelişkiye de bir öneri getirmektedir. Buna göre belirli ve belirsiz süreli sözleşme kapsamında asgari süreli sözleşme ele alındığında, her iki kurumun doğurduğu hukuki sonuçlar, aynı hukuki korumayı sağlamaya yönelik olduğundan birlikte yararlanılması mümkün olmayacağı gibi, İşK m.21/son hükmü de buna engeldir. İşçi hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda seçimlik hakka sahip kabul edilmelidir. Bu görüş hakkında bkz. Erener, s.159-160; Canbolat, Erener,245-246.

⁷⁵³ Odaman, Karaçöp, s.304.

⁷⁵⁴ Odaman, Karaçöp, s.304.

⁷⁵⁵ Odaman, Karaçöp, s.304.

cezaî şarta hak kazanabilecek midir? Bu görüşe göre, asgari süreli sözleşmenin feshine yönelik kararlaştırılan cezaî şart, ifaya eklenen cezaî şart niteliğinde kabul edilmeli ve işçi hem bakiye süre ücreti tutarında tazminata hem de cezaî şarta hak kazanabilmelidir. Aynı husus, işçi daha lehine olduğu için iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını tercih edince, İşK m.21/son'a rağmen mümkün kabul edilmektedir. Gerekçe olarak ise her iki alacağın koruduğu menfaatlerin birbirinden farklı olduğu gösterilmektedir. Aksi kabul halinde, işveren yalnızca cezaî şart ödeyerek diğer borçlarından kurtulmuş olacaktır⁷⁵⁶.

e. Değerlendirme ve Görüşümüz

Asgari süre içinde sözleşmenin işveren tarafından feshi halinde, belirli süreli sözleşmenin mi yoksa belirsiz süreli sözleşmenin mi hukuki sonuçlarının uygulanacağı konusunda yukarıda açıkladığımız üzere üç farklı görüş vardır. Şunu diyebiliriz ki asgari süreli sözleşmenin uygulamada tercih edilmesinin nedeninden yola çıkıldığında taraflar, esasen belirsiz süreli sözleşme yapmak istemektedirler. Fakat gerekçesi ne olursa olsun bu sözleşmenin belirli bir süre feshedilmemesinden, taraflardan birinin ya da her ikisinin menfaati vardır. Bu nedenle kanaatimizce de asgari süreli sözleşme fesih hakkının belirli (*asgari*) süre ile ortadan kaldırıldığı belirsiz süreli sözleşme olarak kabul edilmelidir. Kaldı ki bu sözleşme, çoğunlukla objektif neden yokluğundan belirli süreli sözleşme yapılamaması, fakat tarafların sözleşmenin belirli bir süre feshedilmemesinden menfaatleri olması halinde imzalanmaktadır⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ Erener, s.174-175; Canbolat, Erener, s.247-248. Bir görüşe göre asgari süreli iş sözleşmesinin haksız feshi için öngörülen cezaî şarta, belirli süreli iş sözleşmede kararlaştırılan cezaî şarta ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Fakat asgari süreli sözleşme kararlaştırmak için objektif neden bulunmadığı gerekçesiyle, asgari süreden önce sözleşmenin haksız feshi için kararlaştırılan cezaî şartın da geçersiz olduğuna hükmedilmemesi gerekmektedir. Bu görüş için bkz. Karagöz, s.149.

⁷⁵⁷ Oğuzman, **Fesih**, s.13; Ekonomi, **İHU 1980/II**, İşK. 9 (No.4); Süzek, s.260-261; aynı yazar, **Fesih**, s.103; Alpagut, s.12-13; aynı yazar, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.15; aynı yazar, **4857 sayılı Yasa**, s.75; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.24-25; Güler, s.44. Karş. Ayan, s.437. Asgari süreli sözleşme, hukuki niteliği itibarıyla belirsiz süreli sözleşme olarak kabul edilince, asgari süre için kararlaştırılan cezaî şart ile belirsiz süreli sözleşmenin olağan feshinin, fesih hakkının özüne dokunmadan ve belirli bir süre ile sınırlı olarak cezaî şarta bağlanması farklı niteliktedir. Nitekim asgari süreli sözleşmede süreli fesih hakkının kullanılması cezaî şarta bağlanmaktadır ve sözleşme haklı nedenle fesih dışında, bu süre içinde sona ermemektedir. Bununla birlikte belirsiz süreli sözleşmenin olağan feshi cezaî şarta bağlanınca, belirlenen süre içinde tarafların fesih yoluna gitmesi mümkündür; hatta sözleşme fesih ile sona erecektir. Fakat farklı olarak bu halde belirsiz süreli sözleşmenin feshinin hukuki sonuçlarının

Asgari süreli sözleşmenin imzalanması ile tarafların iradelerinin, bu süre içinde sözleşmenin feshini önlemek olduğu dikkate alındığında, haklı neden dışında feshin hukuki sonuç doğurmayacağı belirtilmelidir. Bu nedenle işverenin haksız feshi, sözleşmenin sona ermesine neden olmamaktadır. Şüphesiz işverenin bu tek taraflı iradesine bir anlam kazandırılması gerekir. Bu halde işverenin, işçinin edimini kabulde temerrüde düştüğü dikkate alınarak, TBK m.408’de özel bir düzenlemeye sahip olan işverenin temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulmalıdır⁷⁵⁸. Bunun sonucunda sözleşme sona ermemekle birlikte, işçi bakiye süre ücretini talep etme hakkına sahiptir. Asgari süre sona erdiğinde ise belirsiz süreli sözleşmenin feshinin hukuki sonuçları uygulanmalıdır.

Bu noktada bir parantez açmak isteriz ki sadece işçi lehine yorum yapılması ve kanunun tanıdığı tüm imkânlardan işçinin yararlandırılması amacıyla, kanunda uygulama alanı çeşitli şartlara bağlanan hukuki kurumların kapsamlarının genişletilmesi kanımızca isabetli değildir. Bu nedenle doktrinde sözleşmenin, asgari süre içinde esasen belirsiz süreli sözleşme olduğu ifade edilmesine rağmen, işçinin hem belirli süreli sözleşmenin hukuki sonuçlarından hem de asgari süre içinde iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılması adına çareler aranması, kanuni düzenlemelerin uygulanma alanı arasındaki sınırların göz ardı edilmesine neden olmaktadır. Ayrıca bu görüşün kabulü halinde uygulanacak hukuki sonuçların tercihinde sadece işçiye insiyatif tanındığından, işçi lehine yorum ilkesine gereğinden fazla önem atfedilmesine yol açacaktır. Aynı şekilde asgari süre içinde sözleşmeyi belirsiz süreli sözleşme rejimine tâbi kabul edip, haklı neden olmadan yapılan feshe belirsiz süreli sözleşmenin feshinin hukuki sonuçları uygulanırsa, bu sefer asgari süreli sözleşme kurulmasının bir anlamı kalmayacaktır⁷⁵⁹. Bu durumda sözleşmenin asgari

uygulanmasının dışında, bir de cezaî şart yaptırımının ele alınması gerekecektir. Bu yönde bkz. Alpagut, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.19-20; Baycık, **Değerlendirme 2016**, s.189.

⁷⁵⁸ 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde aynı yöndeki görüş, hem belirli süreli sözleşmenin haksız feshi hem de işverenin temerrüdü bakımından uygulanması kabul edilen BK m.325’e dayanılarak savunulmaktaydı. Günümüzde ise belirli süreli sözleşmenin haksız feshi TBK m.438’de ayrı bir maddede, TBK m.408’den farklı olarak feshin sözleşmeyi sona erdirdiği ve dolayısıyla bakiye süre ücreti değil, bu tutarda tazminat talep edilebileceği şeklinde bir hukuki sonuca bağlanmıştır. Bununla birlikte işveren temerrüdü, Borçlar Kanunu dönemindeki ile benzer şekilde halen TBK m.408’de yer aldığından, Alpagut’un bu dönemde savunduğu görüş de kanaatimizce asgari süreli sözleşmenin, asgari süre içinde haksız feshinde uygulanması bakımından geçerliliğini sürdürmektedir. Bkz. Alpagut, **Asgari ve Azami**, s.134; aynı yazar, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.15.

⁷⁵⁹ Aynı yönde bkz. Alpagut, **Değerlendirme 2015, Genel Görüşme**, s.395 vd.

süre sonuna kadar askıda olduğunu kabul etmek ise uygulama bakımından özellikle ücret, fesih tarihi ve benzeri hususlarda çeşitli sorunlara neden olabileceğinden sakıncalıdır.

Asgari süreli sözleşmenin hukuki niteliğine yönelik tartışmanın ikinci boyutunda, konumuzla bağlantı olarak asgari süre içinde sözleşmenin devamını teminat altına alan cezaî şartın geçerliliği sorunu gelmektedir. Öncelikle belirtmeliyiz ki bu yönde bir cezaî şartın kararlaştırılmasına engel olacak bir hüküm mevzuatımızda mevcut olmadığından, TBK m.420’de yer alan işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağına uyulması şartıyla cezaî şart geçerli olacaktır. Burada işveren, işçinin iş görme borcunu yerine getirmeye hazır olmasına rağmen, bu edimi kabul etmemesi dolayısıyla kendi borcunu yerine getirmemiş sayılacaktır. Bu nedenle TBK m.179/1’de yer alan borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi hali için düzenlenen seçimlik cezaî şart hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bunun sonucunda işçi, sözleşmenin ifasını veya onun yerine geçen bakiye süre ücretini talep edebileceği gibi, bunlardan vazgeçerek cezaî şart ödenmesi yönünde seçimde de bulunabilecektir. Buna karşılık asgari süre sona erene kadar, sözleşme devam edeceğinden bildirim ve kıdem tazminatı talep edemeyecektir. Bu kabul halinde, asgari süre içinde sözleşmenin haksız feshinin sözleşmenin sona ermesine neden olmadığı dikkate alınarak, cezaî şart ile birlikte ne TBK m.438/1’de yer alan bakiye süre ücreti tutarında tazminat talep edilmesi tartışması ne de İşK m.21/son hükmünün uygulanması sorunu ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz taraflar, sözleşmede ifaya eklenen cezaî şart da kararlaştırabilirler.

II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDE YER ALAN CEZAÎ ŞART

A. Genel Olarak

Borçlunun, borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde ortaya çıkan zararın ispatının zor olmasından ya da zararın, ancak belirli bir zaman sonra ortaya çıkmasından dolayı sözleşmede genellikle cezaî şart kurumuna yer verilmektedir. Nitekim cezaî şartın muaccel olması, zararın ispatlanması şartına bağlı değildir. Cezaî şart kararlaştırılarak borçlunun asıl edimi yerine getirmesi için üzerinde baskı oluşturulmaktadır⁷⁶⁰. Bu nedenle de toplu iş sözleşmesinin tarafları arasındaki ilişkinin veya iş sözleşmesine yönelik düzenlemelerin ihlal edilmesine yönelik en verimli hukuki yaptırım cezaî şart kurumudur.

Anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğünün bir ayağını oluşturan sözleşme içeriğinin serbestçe kararlaştırılabileceğine ilişkin ilke, kural olarak toplu iş sözleşmesi için de geçerlidir. Bu serbestinin sınırı, Anayasa'ya, kanunda yer alan emredici hükümlere ve kamu düzeni hükümlerine aykırı olmamaktır⁷⁶¹. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinde tarafların, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir yansıması olan toplu sözleşme özerkliği gereği, cezaî şart kararlaştırabilecekleri kabul edilmektedir⁷⁶². Zira cezaî şart kararlaştırılması yoluyla sadece sözleşmenin ihlal edilmesinin önlenmesine yönelik bir yaptırım getirilmiş olmamaktadır. Buna ek olarak, sözleşme otoritesi sağlanmaktadır. Ayrıca borçlunun, asıl edimin ifasına zorlanmasının güç olması da

⁷⁶⁰ Von Tuhr, Escher, s.277 vd.; Oğuzman, Öz, s.503 vd.; Eren, s.1209 vd.; Tekinay vd., s.344 vd.; Nomer, Rn.235 vd.; Buz, s.8-9. Cezaî şart ve cezaî şartın türlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. 1. Bölüm, VIII.

⁷⁶¹ Anayasa m.51/1'de sendikaların, üyelerin çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için her türlü faaliyette bulunabilecekleri düzenlenmiştir. Bununla birlikte konu bakımından sendikanın toplu iş sözleşmesi ile düzenleme yapma yetkisi, Anayasa ile belirlenen faaliyet alanından daha dar belirlenmiştir. Bunun sonucunda toplu iş sözleşmesi ile düzenlenebilecek konular, sadece işçi ve işveren tarafından yerine getirilebilecek konular ile sınırlıdır. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinin tarafı olmayan veya kişi bakımından kapsamına giren işçi ya da işveren sıfatına sahip olmayan kişilerce yerine getirilebilecek konular toplu iş sözleşmesi ile düzenlenemez. Bu konuda bkz. Ömer Ekmekçi, **Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi**, İstanbul, Yılmaz Ajans, 1996, s.69-70; Ömer Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku Dersleri**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s.171.

⁷⁶² Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.85; Çelik, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.223; Arıcı, s.42.

toplu iş sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılmasının geçerliliği için bir gerekçe olarak ileri sürülmektedir⁷⁶³.

Türk Hukuku'nda, İsviçre ve Alman Hukuku⁷⁶⁴'nda yapılan ayrıma paralel olarak, toplu iş sözleşmesi hükümleri, normatif (*düzenleyici*) bölüm ile tarafların hak ve borçlarına ilişkin bölüm olmak üzere ikili ayırım esas alınarak düzenlenmiştir (*SenTİSK m.33, OR m.356, TVG m.1*)⁷⁶⁵. Cezaî şarta, toplu iş sözleşmesinin normatif bölümünde ve/veya tarafların hak ve borçlarına ilişkin bölümünde yer verilebilecektir. Alman Hukuku'nda da toplu iş sözleşmesinde, bireysel iş ilişkisine uygulanmak üzere cezaî şart kararlaştırılabileceği, böylelikle kollektif alanda bireysel iş ilişkilerinin düzenlenebileceği kabul edilmektedir. Hatta toplu iş sözleşmesinin, işçinin yanı sıra işverenin menfaatlerini de gözetmesi dolayısıyla, cezaî şart kararlaştırılması taraf menfaatlerinin dengelenmesi bakımından da herhangi bir sorun teşkil etmemektedir⁷⁶⁶.

Toplu iş sözleşmesinde düzenlenen cezaî şart bakımından kanunda herhangi bir özel düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle cezaî şarta ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır (*TBK m.179 vd., OR m.160 vd., BGB m.339 vd.*). Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri ile tarafların hak ve borçlarına ilişkin hükümleri

⁷⁶³ Schöenberger, Vischer, Art 357a, Rn.70; Vischer, Albrecht, Art 357a, Rn.85-86; BK-Rehbinder, Stöckli, Art 357a, Rn.72.

⁷⁶⁴ Alman TVG m.1/1'de ise bu sayılanlara ek olarak, toplu iş sözleşmesinde, işyerine/ işletmeye ve işyeri düzenine ilişkin hükümler (*Rechtsnormen des Tarifvertrags über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen*) de yer alabileceği öngörülmüştür. Almanya'da işyeri düzenine ilişkin olarak özel bir kanun olan "*Betriebsverfassungsgesetz (BVG)*" uygulanmaktadır. Alman Hukuku'nda işyeri ve işyeri düzenine ilişkin hükümlere dair ayrıntılı bilgi için bkz. Henssler, Willemsen, Kalb, TVG §1, Rn.41; Thomas Dieterich, Peter Hanau, Günther Schaub, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, Band 51, 11. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2011, s.2594-2595; Thüsing, Braun, s.231 vd.; Brox, Rütters, Henssler, Rn.677-679; Wilhelm Dütz, Gregor Thüsing, **Arbeitsrecht**, 15.Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2010, s.269-270.

⁷⁶⁵ Nuri Çelik, **Türk ve Alman Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri ve Sona Ermesi**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1966, s.13; A. Can Tuncay, Burcu Savaş Kutsal, **Toplu İş Hukuku**, 6. bs., İstanbul, Beta, 2017, s.192; Fevzi Şahlanan, **Toplu İş Sözleşmesi**, İstanbul, Banksis Yayınları, 1992, s.11; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.873; Ekmekçi, **Düzenleme Yetkisi**, s.82 vd.; aynı yazar, **Toplu İş**, s.180 vd.; Melda Sur, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, 8. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s.249-250. Türk Hukuku'nda toplu iş sözleşmesinin hükümleri arasında yapılan ikili ayırımı kabul etmeyen görüş için bkz. Çenberci, s.418. Ayrıca bkz. Erdem Özdemir, "Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümleri ve Bunların Hizmet Akdine Etkileri", **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s.28-35.

Alman Hukuku'nda söz konusu ayırım için bkz. Henssler, Willemsen, Kalb, TVG §1, Rn.40-75; Dieterich, Hanau, Schaub, s.2593 vd.; Brox, Rütters, Henssler, Rn.672-734; Dütz, Thüsing, s.266-270; Abbo Junker, **Grundkurs Arbeitsrecht**, 16.Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2017, Rn.502.

⁷⁶⁶ Staudinger, Rieble, Art 339, Rn.243.

bakımından cezaî şartın farklı hukuki sonuçlar doğurması nedeniyle, aşağıda ayrı başlıklar altında ele alınması uygun görülmüştür.

B.Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri Bakımından Cezaî Şart

1. Normatif Hükümler Bakımından Cezaî Şart

Normatif hükümler, işçinin çalışma koşullarını veya başka bir deyişle, iş sözleşmesinin konusuna giren hususları ilgilendiren hükümlerdir. Bu hükümler, işçiye talep ve dava hakkı vermektedir⁷⁶⁷. Normatif hükümler, 6356 sayılı Kanun m.36/1’de ifade edildiği üzere, iş sözleşmeleri üzerinde emredici ve doğrudan etkiye sahiptir⁷⁶⁸. 6356 sayılı Kanun m.33/1’de yer alan düzenlemede, toplu iş sözleşmesiyle tarafların emredici hukuk kuralı koyabilme hakkı tamamen serbest bırakılmamış, belirli konular ile sınırlandırılmıştır. Bu sınır, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili hususları kapsamına almaktadır⁷⁶⁹.

Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümler bölümünde taraflar, yan edim yükümlülüklerine (*Nebenleistungspflichten*) de yer verebileceklerdir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesi tarafları, iş sözleşmesi taraflarının yükümlülüklerini ihlal etmeleri haline yönelik hukuki sonuçları da düzenleyebilmektedir. Bu kapsamda toplu iş sözleşmesinde cezaî şarta ilişkin düzenlemeler, genellikle iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler bölümünde kararlaştırılmaktadır. Bununla beraber diğer bölümlerde de cezaî şarta yer verilmesi bakımından kanuni bir engel yoktur.

⁷⁶⁷ Henssler, Willemsen, Kalb, TVG §1, Rn.40; Seza Reisoğlu, **2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1986, s.47; Tuncay, Savaş Kutsal, s.192-193.

⁷⁶⁸ Wolfgang Däubler, **Arbeitsrecht, Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium**, 9.Auflage, Frankfurt am Main, Bund-Verlag, 2011, Rn.85-86; Junker, Rn.504; Dütz, Thüsing, s.268; Rainer Wörlen, Axel Kokemoor, **Arbeitsrecht**, 12. Auflage, München, Verlag Franz Mahlen, 2017, Rn.307; Elbir, s.176 vd.; Çelik, **Türk ve Alman Hukukunda**, s.14; Esener, s.414; Tuncay, Savaş Kutsal, s.192-193; Şahlanan, **Tis**, s.1213.

⁷⁶⁹ Dütz, Thüsing, s.268 vd.; Däubler, **Arbeitsrecht**, Rn.82 vd.; Elbir, s.178; Çelik, **Türk ve Alman Hukukunda**, s.16; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.874; Şahlanan, **Tis**, s.13; Ekmekçi, **Toplu İş**, s.180.

a. İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Hükümler Bakımından

Toplu iş sözleşmesinde genellikle pek sık olarak yer almasa da iş sözleşmesinin yapılmasını emreden, yasaklayan ve şekle ilişkin hükümler, iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin hükümler olarak kabul edilmektedir⁷⁷⁰.

Türk, İsviçre ve Alman Hukuku'nda iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart anlaşmasının geçerliliği bakımından kural olarak şekil şartı mevcut değildir⁷⁷¹. Toplu iş sözleşmesinde taraflar, işçiler ile işverenler arasında yapılacak olan ve kanunen şekle tâbi olmayan iş sözleşmelerinin, belirli bir şekil şartına tâbi olacağına dair hükümler kararlaştırabilirler⁷⁷².

Aynı şekilde toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin normatif bölümünde, cezaî şart için de şekil şartı öngörülebilecektir. Toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şart bakımından şekil şartı, ya doğrudan iş sözleşmesinde yer alan cezaî şarta ilişkin kararlaştırılabilecektir ya da iş sözleşmesi için kararlaştırılan şekil şartından cezaî şart da dolaylı olarak etkilenebilecektir⁷⁷³.

b. İş Sözleşmesinin İçeriğine İlişkin Hükümler Bakımından

Normatif hükümler içerisinde yer alan iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümlerin, işçi veya işveren tarafından ihlal edilmesini önlemeye yönelik cezaî şart kararlaştırılması da kuşkusuz mümkündür⁷⁷⁴. Şöyle ki toplu iş sözleşmesinin içerik hükümleri içinde, işçinin uymakla yükümlü olduğu düzenlemeler de yer almaktadır.

⁷⁷⁰ Dieterich, Hanau, Schaub, s.2594; Schaub v.d., s.2273; Hromadka/Maschmann, s.41; Dütz, Thüsing, s.269; Kenan Tunçomağ, **İş Hukuku**, C.II, 2. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1985, s.208; Tuncay, Savaş Kutsal, s.195; Şahlanan, **Tis**, s.13; Ekmekçi, **Düzenleme Yetkisi**, s.82-84; aynı yazar, **Toplu İş**, s.180-181; Sur, s.251.

⁷⁷¹ 4857 sayılı İş Kanunu m.8/1'de iş sözleşmelerinin geçerliliğinin, kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tâbi tutulmadığı ifade edilmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesinin şekline ilişkin m.394/1'de "*hizmet sözleşmesi, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça özel bir şekle bağlı değildir*" hükmüne yer verilerek aynı ilke kabul edilmiştir.

⁷⁷² Tunçomağ, **C.II**, s.208; Reisoğlu, **Şerh**, s.52; Çelik, **Türk ve Alman Hukukunda**, s.17; Tuncay, Savaş Kutsal, s.195-196; İrem Yayvak, **Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi (Türk-Alman Hukuku Karşılaştırmalı)**, İstanbul, Beta, 2014, s.90-91.

⁷⁷³ Staudinger, Rieble, Art 339, Rn.63.

⁷⁷⁴ Örneğin, izinlere, sosyal yardımlara, ücrete ilişkin hükümlerin uygulanmasını sağlamak amacıyla toplu iş sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılabilecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, Art 357a, Rn.73; Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.85-86; Çelik, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.224-225; Narmanlıoğlu, **Feshe Karşı Koruma**, s.333-334.

Buna örnek olarak, işin nerede ve ne zaman görüleceğine ilişkin hükümler gösterilebilir. İşçinin, bu borçları ihlal etmesi veya kötü ifa etmesi hali dikkate alınarak, toplu iş sözleşmesinde işçinin, işverene cezaî şart ödemesine ilişkin hükümler kararlaştırılabilmektedir. Tam aksi yönde olmak üzere, içerik hükümleri içerisinde işverene yönelik kararlaştırılan borçların ihlal edilmesi halinde ise işveren, işçiye cezaî şart ödemekle yükümlü tutulabilecektir⁷⁷⁵.

Alman Hukuku'nda bir görüşe göre, toplu iş sözleşmesi yoluyla bireysel iş ilişkisinde geçerli olacak cezaî şart anlaşması yapılması yasaklanabilmekte veya sınırlandırılmaktadır. Fakat Almanya'da bugüne kadar toplu iş sözleşmelerinde böyle bir hükme rastlanmamıştır⁷⁷⁶. Türk Hukuku bakımından da toplu iş sözleşmesinde, bireysel iş sözleşmesinde işçi aleyhine cezaî şart kararlaştırılamayacağına dair nötr hükümlere yer verilebileceği gibi, cezaî şarta miktar bakımından üst sınır getirilerek sınırlandırılması da mümkündür⁷⁷⁷. Bireysel iş sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılmasını hem işçi hem işveren aleyhine yasaklayan bir toplu iş sözleşmesi hükmü öngörülmesi için de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Fakat böyle bir düzenleme, kanaatimizce sözleşme özgürlüğüne orantısız bir müdahale oluşturacaktır.

c. İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler Bakımından

(1) Genel Olarak

Toplu iş sözleşmesi tarafları, normatif hükümler içerisinde iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin düzenlemeler yapabileceklerdir⁷⁷⁸. Nitekim taraflar, edimin

⁷⁷⁵ BK-Rehbinder, Stöckli, Art 357a, Rn.73.

⁷⁷⁶ Staudinger, Rieble, Art 339, Rn.185; Söllner, s.101.

⁷⁷⁷ Karagöz, s.166.

⁷⁷⁸ Bireysel iş ilişkisini düzenlemeyi amaçlayan normatif yapıdaki cezaî şart, işyeri disiplin cezalarından farklı hukuki niteliğe sahiptir. İşyeri disiplin cezası ile cezaî şart arasındaki farklar için bkz. 1. Bölüm, IV, B.

İşyeri disiplin cezaları ile amaçlanan, iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinin sağlanması değildir. İşyeri disiplin cezaları yoluyla, kollektif anlamda işyeri düzeninin sağlanması hedeflenmektedir. Yani kısacası “işyeri düzeni” odak noktada bulunmaktadır. Alman Hukuku'nda hâkim görüşe göre, işyeri disiplin cezasının geçerliliği için kollektif bir yetki bulunması da şarttır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Staudinger, Rieble, Art 339, Rn.249; Franz Gamillscheg, **Kollektives Arbeitsrecht Band II: Betriebsverfassungsrecht**, Band II, 2008, München, Verlag C.H. Beck, 2008, s.883. Ayrıca bu konuda bir yargı kararı için bkz. LAG Berlin, Urteil vom 25.08.2004, 9 Sa 877/04, NZA 2004.

ifasında imkânsızlığın, temerrüdün ve kötü ifanın sonuçlarını toplu iş sözleşmesinde düzenleyebileceklerdir. Bunun dışında iş ilişkisinin taraflarının sorumluluklarını, kendi belirledikleri kurallarla düzenleme olanağına da sahiptirler. İşte toplu iş sözleşmesinin tarafları, borca aykırı davranışın bir yaptırımını olarak, işçi veya işveren tarafından iş ilişkisinin sona erdirilmesi halinde, cezaî şart ödenmesine yönelik düzenleme öngörebileceklerdir⁷⁷⁹. Toplu iş sözleşmesinde uygulamada en sık karşılaşılan düzenlemeler, fesih bildirim sürelerinin artırılması, fesih hakkının sınırlandırılması, fesih hakkının disiplin kurulu kararı alınmasına bağlanması, iş sözleşmesi sona erdikten sonra yürürlük kazanacak olan sır saklama yükümlülüğü ile rekabet yasağına aykırılık hali için cezaî şart kararlaştırılmasıdır⁷⁸⁰.

İsviçre Hukuku'nda ise normatif hükümler içinde yer verilen cezaî şart bakımından ikili bir sınıflandırma yapılmaktadır: dolaylı borç doğuran karakterdeki cezaî şart ile normatif karakterdeki cezaî şart. İlk kategoride, toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işçi ve işverenin, toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmesi cezaî şart yoluyla güvence altına alınmaktadır⁷⁸¹. Bu kategorideki cezaî şartın düzenlenmesi için toplu iş sözleşmesi tarafları yetkili olup; sendikaya karşı cezaî şart yükümlülüğü altına girenler ise bireysel iş sözleşmesi taraflarıdır⁷⁸². Yani toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan dolaylı borç doğuran karakterdeki cezaî şartın kişi bakımından kapsamı ele alındığında, bireysel sözleşme tarafları ile toplu iş sözleşmesi tarafları karşı karşıya bırakılmıştır⁷⁸³.

Alman doktrininde, işyeri disiplin cezalarının cezaî şart olarak sayılıp sayılmayacağı konusunda iki farklı görüş vardır. Hâkim görüşe göre, disiplin cezasının tazmin etme fonksiyonu olmadığı, hatta aksine cezalandırma amacı öne çıktığı için cezaî şarttan bağımsız bir kurumdur. Rieble, işyeri disiplin cezalarının, özel hukukun cezalandırmaya yönelik bir kurumu olduğunu savunmaktadır. Bu nedenle cezaî şarta ilişkin hükümlerde yer alan sınırlamalara dikkat edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Nitekim yazar, işyeri disiplin cezasının tazminat fonksiyonu olmayan saf bir ceza niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Yazar, hâkim görüş tarafından ileri sürülen, işverenin kamu benzeri ceza verme yetkisi olmadığı temeline dayanan gerekçeyi, işyeri disiplin cezası bakımından yanlış bir değerlendirme olarak görmektedir. Bu görüş için bkz. Staudinger, Rieble, Art 339, Rn.250-251. Buna karşılık aksi görüşü savunanlar yazarlar da mevcuttur. Bu yönde bkz. Zöllner, ZZP 83, 1970, Rn.387.

⁷⁷⁹ Manfred Löwisch, Volker Rieble, **Tarifvertragsgesetz Kommentar**, 4. Auflage, Berlin, Verlag Franz Vahlen, 2017, Art 1, Rn.312; Söllner, s.101.

⁷⁸⁰ Henssler, Willemsen, Kalb, TVG §1, Rn.50; Löwisch, Rieble, Art 1, Rn.312; Şahlanan, **Tis**, s.19-20; Reisoğlu, **Şerh**, s.53-54; Tuncay, Savaş Kutsal, s.202; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.879; Ekmekçi, **Toplu İş**, s.183-184; aynı yazar, **Düzenleme Yetkisi**, s.86-87.

⁷⁸¹ Vischer, Albrecht, Art 357a, Rn.87.

⁷⁸² Bu konuda bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, Art 357a, Rn.73; Vischer, Albrecht, Art 357a, Rn.87.

⁷⁸³ BK-Rehbinder, Stöckli, Art 356, Rn.112; Vischer, Albrecht, Art 357a, Rn.87.

Dolaylı borç doğuran karakterdeki cezaî şartın varlığı halinde sendika üyesi işveren, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan borçları, sendikaya olan üyelik yükümlülüğü dolayısıyla yerine getirmektedir. İşte bu borçların ihlal edilmesi halinde işveren sendikasının, toplu iş sözleşmesine aykırı davranan üye işverene yaptırım uygulaması gerekmektedir. Bu yaptırım, toplu iş sözleşmesinde cezaî şart olarak belirlenebilmektedir. Toplu iş sözleşmesinden doğan hakları ihlal edilen işçiler, aslında üçüncü kişi yararına olan söz konusu yaptırımın uygulanmasını sendikadan talep edebileceklerdir. Toplu iş sözleşmesinde böyle bir cezaî şart yer almasaydı, toplu sözleşmenin tarafı dahi olmayan işçilerin, işverenden veya işveren sendikasından toplu iş sözleşmesi hükümlerinin yerine getirilmesini talep imkânları da olmayacaktı⁷⁸⁴.

Toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart bakımından ikinci kategoriye ise normatif karaktere sahip cezaî şart oluşturmaktadır. Bu halde cezaî şart yoluyla, bireysel iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amaçlanmaktadır. Şöyle ki bireysel iş sözleşmesi taraflarından biri, sözleşmeden doğan borcun ihlali halinde cezaî şart talep etmek için yetkili konumdayken, aynı sözleşmenin karşı tarafı ise cezaî şart ödemekle yükümlüdür⁷⁸⁵.

Toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şart hükümleri şüphesiz kanunun emredici düzenlemelerine tâbidir. Şu halde toplu iş sözleşmesinde yer alan bireysel iş ilişkilerine ilişkin düzenlemeler bakımından, kanunun sözleşmelere ilişkin emredici sınırlamaları dikkate alınmalıdır. Bilhassa aşırı miktarda kararlaştırılan cezaî şartın hâkim tarafından indirilmesine yönelik mutlak niteliği haiz olan TBK m.182/3 bu noktada önem taşımaktadır. Ayrıca İş Hukuku'na ilişkin olarak cezaî şart bakımından öngörülen özel sınırlamalar da göz ardı edilmemelidir. Bu halde TBK m.420 dikkate

⁷⁸⁴ BK-Rehbinder, Stöckli, Art 356b, Rn.16.

⁷⁸⁵ Schöenberger, Vischer, Art 357a, Rn.73; Vischer, Albrecht, Art 357a, Rn.88; BK-Rehbinder, Stöckli, Art 357a, Rn.73. Toplu iş sözleşmesinde genellikle şu şekilde hükümler yer almaktadır: “iş sözleşmesi ahlaka aykırı görülebilecek bir nedenle, örneğin hırsızlık, cezalandırılabilir davranış ve benzeri sona ererse, toplu iş sözleşmesinde yer alan maddi haklar kaybedilir. Geçmiş takvim yılı için elde edilen ödemeler ise avans olarak iade edilir.” Diğer bir örnek olarak ise işçinin, iş sözleşmesinin sona ermesine neden olması halinde, toplu iş sözleşmesinde yer alan tatil ücretinin geri ödenmesi verilebilir. Bu örnekler için bkz. Staudinger, Rieble, Art 339, Rn.243.

değerdir. Alman Hukuku'nda ise bu hususa örnek olarak, BBiG m.12'de yer alan mesleki eğitim görenler için cezaî şart kararlaştırma yasağı gösterilmektedir⁷⁸⁶.

Toplu iş sözleşmesinin düzenleme alanına dâhil olmayan konularda, tarafların anlaşması sonucu düzenleme öngörülme suretiyle, toplu sözleşmenin etki alanı da genişletilemeyecektir⁷⁸⁷. Alman Hukuku'nda bu husus ile bağlantılı özel bir düzenleme getirilmiştir. BGB m.344'de yer alan bu düzenlemeye göre, kanun bir edimin yüklenilmesini geçersiz kılıyorsa, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi haline yönelik kararlaştırılan cezaî şart da geçersiz olacaktır⁷⁸⁸. Kuşkusuz Türk Hukuku'nda cezaî şart bakımından bu yönde açık bir hüküm yer almasa da, aynı sonuca varılması isabetli olacaktır. Nitekim SenTİSK m.33/5'de toplu iş sözleşmesinin, Anayasaya ve kanunun emredici hükümlerine aykırı düzenlemeler içermeyeceği yer almaktadır. Bu durumda toplu iş sözleşmesinin düzenleme alanında bulunmayan bir hususa sözleşmede yer verilmesi mümkün olmadığı gibi, ihlali haline yönelik getirilen cezaî şart da geçersiz sayılacaktır.

Toplu iş sözleşmesinde, iş sözleşmelerinde yer alan cezaî şart hükümlerinin uygulama alanı sınırlanabilmektedir. Alman Hukuku'nda bu yönde yapılacak düzenlemeler geçerli kabul edilmektedir. Örneğin uygulamada kimya endüstrisine ait bir toplu iş sözleşmesinde, *“çalışanın rekabet yasağını ihlal etmesi halinde cezaî şart ödemeyi taahhüt etmesi durumunda, işverenin sadece BGB m.340'a dayanarak hak talebinde bulunacağı, BGB'nin aşırı cezaî şartın indirilmesine dair hükümlerinin ise saklı olduğuna”* yönelik bir hüküm kararlaştırılmıştır. Böylelikle bu toplu iş sözleşmesinde, tacirlere ilişkin cezaî şart düzenlemesi ile ifaya eklenen cezaî şart düzenlemesi uygulama alanı dışında bırakılmıştır (HGB m.75/c; BGB m.341). Buna karşılık rekabet yasağı ihlali halinde uygulanabilecek cezaî şart hükümleri, seçimlik cezaî şart ile aşırı cezaî şartta indirim yapılmasına yönelik hükümler ile sınırlı tutulmuştur⁷⁸⁹. Kanaatimizce Türk Hukuku bakımından da toplu iş sözleşmesinde cezaî şartın uygulama alanını sınırlandıran hükümler öngörülmesi, taraf menfaatlerinin

⁷⁸⁶ Staudinger, Rieble, Art 339, Rn.248.

⁷⁸⁷ M. Kemal Oğuzman, **Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri: Toplu İş İlişkileri**, C.1, 3. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984, s.168; Ekmekçi, **Düzenleme Yetkisi**, s.68-69; aynı yazar, **Toplu İş**, s.170; Sur, s.255.

⁷⁸⁸ Löwisch, Rieble, Art 1, Rn.267.

⁷⁸⁹ Staudinger, Rieble, Art 339, Rn.197-198.

gözetilmesi ve kanunun emredici hükümleri dikkate alınmak şartıyla herhangi bir sakınca doğurmayacaktır.

Türk Hukuku'nda, yukarıda verilen genel bilgiler dışında, toplu iş sözleşmesinde yer alan iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin normatif bölümdeki cezaî şartın geçerliliğinin, iş güvencesi sisteminin yürürlüğe girmesinden önce ve sonra olmak üzere sınıflandırılarak incelenmesinin sistematik olarak daha uygun olacağı düşünülerek, konu aşağıda iki başlık altında ele alınmıştır.

(2) İş Güvencesi Sistemi Yürürlüğe Girmeden Önceki Durum

İş sözleşmesinin feshinin sınırlandırılması ve buna aykırılık haline yönelik cezaî şart öngörülmesi şeklindeki toplu iş sözleşmesi hükümleri, özellikle 4773 sayılı Kanun⁷⁹⁰ ile iş güvencesi sisteminin kabulünden önceki dönemde büyük önem taşımaktaydı. Bu dönemde söz konusu toplu iş sözleşmesi hükümleri, Yargıtay tarafından da geçerli kabul edilmekteydi⁷⁹¹. Toplu iş sözleşmesinde yer alan bu tür cezaî şart, genellikle “*cezaî şart*” ifadesi ile düzenleme bulmamaktaydı. Buna karşılık

⁷⁹⁰ “İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, RG.T.15.8.2002, RG.S. 24847.

⁷⁹¹ İş güvencesi sistemi yürürlüğe girmeden önce imzalanan toplu iş sözleşmesi hükümleri bakımından bu yönde kararlar için bkz. Y.9.HD., T.04.10.2007, E.2007/733, K.2007/29264, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019; Y..9.H.D., T.17.1.1991, E.1991/9306, K.1991/207, İHD, Nisan Haziran 1991, s.268 vd.; Y.9.H.D., T.27.12.1999, E.1999/17469, K.1999/20361, Çimento İşv. D., Mart 2000, s.38-39.

Yargıtay’ın bir kararında, iş güvencesi sistemi yürürlüğe girmeden önce imzalanan toplu iş sözleşmesi bakımından işçinin kanuni iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını belirtilmekle birlikte; toplu iş sözleşmesindeki iş güvencesi hükümlerinden ise şartları sağlıyorsa yararlanabileceğine yer verilmiştir. Fakat iş güvencesi tazminatı adı altında düzenlenen cezaî şartın miktarı aşırı bulunarak, indirim yapılması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Bu kapsamda Yargıtay, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmediği dönemde imzalanan toplu iş sözleşmesi olmasına rağmen, indirim yapılırken 4857 sayılı İş Kanunu’nun m.21’deki alt ve üst sınırın gözetilmesi gerektiği yönünde kanaatimizce tartışmaya açık bir karara varmıştır. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.25.07.2008, E.2008/2950, K.2008/22064, Legal İHSGHD, 2009/21, s.430-432.

Bu dönemde Yargıtay’ın verdiği başka bir kararda işveren, işyerinde tasarruf tedbiri gerekçesi ile işçinin iş sözleşmesini feshetmiştir. İşyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinde ise geçerli sebep olmadan yapılan iş sözleşmesi feshi halleri için cezaî şart kararlaştırılmıştır. İşçi, iş sözleşmesinin feshi sebebiyle cezaî şart talep etmiştir. Ancak Yargıtay, işyerinde gerçekten böyle bir uygulama yapılmasına ihtiyaç duyulmaktaysa ve işten çıkarılan işçi yerine, işyerine devamlı çalışan bir işçi de işe alınmamışsa, feshin sebebi geçerli sayılmalı ve işçinin talebi reddedilmelidir yönünde karar vermiştir. Bu karar için bkz. 28.02.2001, E.2001/9-204, K.2001/206, Yasa Hukuk Dergisi, C.XXI, S.242/01, Ocak 2002, s.128. Yargıtay’ın konuya ilişkin 24.09.2001, E.2001/10249, K.2001/14284 sayılı kararı ve karara yönelik inceleme için bkz. Alpagut, **Değerlendirme 2001**, s.119.

kıdem tazminatının veya tavanının katları, kıdem ve ihbar tazminatları toplamının katları şeklinde ifade edilmekteydi. Hatta kanunda düzenleme olmamasına rağmen, “iş güvencesi tazminatı” ifadesi altında kararlaştırıldığına da rastlanmaktaydı⁷⁹². Yargıtay, kıdem tazminatı veya diğer tazminatlar ölçüt alınarak belirlenen cezaî şartı geçerli kabul etmekteydi⁷⁹³. Mahkeme, cezaî şarta ilişkin bu tür kararlaştırmaları kıdem tazminatı tavanının dolanılması olarak da görmemekteydi⁷⁹⁴.

4773 ve 4857 sayılı Kanun ile iş güvencesi sisteminin yürürlüğe girmesinden önce, toplu iş sözleşmesinde işverenin fesih hakkını sınırlayan hükümlere yer verilmesi ve aykırılık hali için cezaî şart kararlaştırılması bakımından tarafların yetkisinin sınırı da önemli bir sorundu. Öncelikle ve önemle belirtilmelidir ki toplu iş sözleşmesinde, fesih hakkının ortadan kaldırılması sonucu doğuracak hükümlere yer verilmesi gerek iş güvencesinden önce gerekse sonraki dönemde mümkün değildir. Bunun yanı sıra iş sözleşmesi taraflarının fesih hakkı, hakkın amacı da dikkate alınarak aşırı derecede sınırlandırılmamalıdır⁷⁹⁵.

⁷⁹² İş güvencesi hükümlerinin henüz uygulanmadığı dönemde imzalanan toplu iş sözleşmesindeki “iş güvencesi tazminatı”nın, cezaî şart olarak geçerli kabul edildiği bu yönde kararlar için bkz. Y.9.HD., T.04.10.2007, E.2007/733, K.2007/29264, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019; Y.9.HD., T.13.10.2003, E.2003/16770, K.2003/16857, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019.

⁷⁹³ Yargıtay’ın konuya ilişkin 14.05.2001, E.2001/5528, K.2001/8372 sayılı kararı ve karara yönelik inceleme için bkz. Alpagut, **Değerlendirme 2001**, s.126.

⁷⁹⁴ Bu konuda bir değerlendirme için ayrıca bkz. Alpagut, **Değerlendirme 2001**, s.126.

⁷⁹⁵ Tuncay, Savaş Kutsal, s.202; Ekmekçi, **Toplu İş**, s.184. Yargıtay’ın 2001 tarihli bir kararına konu olan, toplu iş sözleşmesinde fesih hakkını sınırlayan ve cezaî şart getiren hükmünün incelemesi konumuzla alakalı önemli noktalara işaret etmektedir. Söz konusu toplu iş sözleşmesinde “tenkiset ve 1475 sayılı Kanun m.17/2’ye göre iş sözleşmesinin feshi dışındaki fesih hallerinde cezaî şart” ödeneceği hükme bağlanmıştır. Davacı işçinin iş sözleşmesi de ekonomik sıkıntı nedeniyle tenkiset çerçevesinde sonlandırılmıştır. Yargıtay, tenkiset için toplu iş sözleşmesinde ayık kuralın varlığı nedeniyle cezaî şart talep edilemeyeceğine karar vermiştir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.20.02.2001, E.2001/1972, K.2001/3003, İşveren Dergisi, Mart 2001, s.16.

Alpagut’un söz konusu karara ilişkin değerlendirmesi, somut olaya göre kararın isabetli olduğu; ancak esas olarak toplu iş sözleşmesinin bu hükmünün geçerliliğinin tartışılması gerektiği şeklindedir. Yazara göre, iş sözleşmesinin bildirimli feshinde makul sebep belirlenmesi, bildirimde uyulması gereken sıra gibi haller toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılabilir. Ancak bunlar dışında işçinin verimsizliği, işyerinin kapanması gibi sebeplerle yapılan feshi, kötüniyetli fesih sayıp cezaî şarta bağlamak, feshi aşırı şekilde zorlaştırdığı için tarafların düzenleme yapma sınırını aşmaktadır. Bu nedenle de geçersiz sayılmalıdır. Aynı değerlendirme, 1475 sayılı Kanun m.17/1 ve 3’te yer alan haklı sebeple fesih halleri için de geçerlidir. Haklı nedenle fesih hakkı, iş sözleşmesinin devamını çekilmez kılan ve güven unsurunun zedelendiği durumlarda sözleşme ilişkisini derhal sonlandırma imkânı sunar. Taraflar, bu haklarından önceden feragat edemezler. Hatta kanunda sayılı belirli nedenleri haklı neden olmaktan çıkarmaları halinde, haklı nedenle fesih hakkı da ortadan kalkmaz. Tarafların anlaşmasına rağmen eğer sözleşmeyle bağlılık çekilmez bir hal almışsa haklı nedenle fesih yoluna gidebilirler. Bu isabetli yorum için bkz. Alpagut, **Değerlendirme 2001**, s.120-121.

(3) İş Güvencesi Sistemi Yürürlüğe Girdikten Sonraki Durum

4773 ve 4857 sayılı Kanun ile iş güvencesi sisteminin yürürlüğe girmesinden sonra, gerek süreli gerekse haklı nedenle fesih bakımından, toplu iş sözleşmesi yoluyla, işverenin fesih hakkının sınırlandırılması belirli çerçevede geçerli görülmektedir. Fakat İşK. m.21/son hükmünün mutlak emrediciliği karşısında, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile geçersiz feshe ilişkin olarak cezaî şart kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı tartışma konusudur.

Bu konuda doktrinde savunulan bir görüşe göre, İşK m.21/son mutlak emredici niteliği haiz bir hüküm olduğundan, toplu iş sözleşmesi yoluyla iş güvencesine tâbi işçilere yönelik cezaî şart kararlaştırılmayacağı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre aksi halin kabulü, İşK. m.21/ son hükmünde yer alan düzenlemenin dolanılması sonucu doğuracaktır⁷⁹⁶. Yargıtay'ın da kararları genellikle bu yöndedir⁷⁹⁷.

Doktrinde savunulan diğer görüşün temsilcilerinden olan Alpagut ise İşK m.21/son ile kanunda yer alan geçersiz feshin sonuçlarını bertaraf etmeye yönelik sözleşme yapma imkânı ortadan kaldırılmıştır. Fakat asgari süreli sözleşme çerçevesinde konuyu ele alan yazara göre, iş sözleşmesi taraflarının belirli bir zaman dilimi içinde sözleşmeyi feshetmeleri halinde cezaî şart ödeyeceklerine ilişkin bir hükme yer verilmesinin, İşK m.21/son ile doğrudan bir ilişkisi yoktur. Kanundaki düzenleme, maddede yer alan geçersiz feshin sonuçlarına aykırı olacak şekilde sözleşme yapılmasını engellemek amacıyla getirilmiştir. Böylelikle yazara göre,

⁷⁹⁶ Bu konuda bkz. Fevzi Şahlanan, “İş Güvencesi Tazminatı Öngören Toplu İş Sözleşmesi Hükümünün Yasal İş Güvencesi Sistemi Karşısında Geçersizliği-Eylül 2006”, **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s.83-85; Süzek, s.737; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.37-38; Sur, s.255.

⁷⁹⁷ “...Dosya içeriğine göre, davacı 4857 sayılı Yasa ile getirilen iş güvencesi kapsamında kalmaktadır. 4857 sayılı Yasanın belirtilen düzenlemesi karşısında, daha önce imzalanan TİS'deki cezaî şart niteliğindeki istek konusu tazminatın, iş güvencesi kapsamına giren davacı açısından, önemi kalmamıştır...” ifadesine sahip karar için bkz. Y9.HD., T.06.06.2005, E.2004/29686, K.2005/20409, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019. Aynı yönde bkz. Y9.HD., T.18.03.2010, E.2008/22467, K.2010/7212, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019; Y9.HD., T.27.06.2006, E.2006/13504, K.2006/18949, Çalışma ve Toplum, 2007/1, s.59; Y9.HD., T.21.11.2006, E.2006/9775, K.2006/30758, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019; Y9.HD., T.05.07.2006, E.2006/917, K.2006/19969, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019.

feshin geçersiz sayılması halinde hem Kanun'un 21.maddesindeki hukuki sonuçlar uygulama alanı bulacak hem de cezaî şart tutarı talep edilebilecektir⁷⁹⁸.

İş güvencesinin kapsamı dışında kalan işçiler için ise feshe karşı koruma sağlamak amacıyla, toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi ile cezaî şart kararlaştırılabileceği genellikle kabul edilmektedir⁷⁹⁹. Buna karşılık iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler bakımından, toplu iş sözleşmesi ile cezaî şart kararlaştırılması geçerli görülmele beraber, cezaî şartın aşırı miktarda olması halinde, TBK m.182/3 uyarınca hâkimin indirim yapması gerektiği ifade edilmektedir. Zira Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadına göre, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilere, iş güvencesi kapsamındaki işçilere oranla daha iyi bir güvence getirilmesi eşitlik ilkesine aykırı bulunmaktadır. Dolayısıyla hâkimin, iş güvencesi dışında kalan işçilere toplu iş sözleşmesi ile getirilen cezaî şartta, İşK m.21'deki tazminatları dikkate alarak indirim yapması gerektiği yönünde karar verilmektedir⁸⁰⁰.

İşK m.21/son hükmü bağlamında, toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şartın geçerliliği tartışmasında kanaatimizi daha önce ifade etmiştik⁸⁰¹. Bu bağlamda konunun önemine binaen görüşümüzü kısaca özetlersek, konu iş güvencesine tâbi işçiler ile iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler bakımından ayrı ayrı incelenmelidir. İş güvencesine tâbi işçiler bakımından, işverenin geçersiz veya haksız feshinin hukuki sonuçları için kanunda açıkça bir sınırlama getirilmiştir. Bu nedenle bu kapsamdaki işçiler için sözleşmelerle cezaî şart belirlenmesi kanaatimizce mümkün değildir. Aksi bir kabul hem hükmün amacına aykırı olacaktır hem de kanundaki hükmün dolanılmasına yol açacaktır. Buna karşılık İşK. m.21/son'da yer alan mutlak

⁷⁹⁸ Alpagut, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.20

⁷⁹⁹ Süzek, s.741; Narmanlıoğlu, **Feshe Karşı Korunması**, s.333-334; Alpagut, **Asgari Süreli Sözleşme**, s.20; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.38-39; Sur, s.255-256.

⁸⁰⁰ Yargıtay kararları için bkz. Y.9.H.D., T.21.1.2010, E.2009/46225, K.2010/604, Legal İHSGHD, 2010/25, s.314-316; Y.9.H.D., T.25.9.2007, 2007/20016, K.2007/28104, Çalışma ve Toplum 2008/1, s.232-235; Y.9HD., T.28/03/2008, 14428/6672, Çalışma ve Toplum, 2008/3, s.18, S.263-264. Bu kararlar yönünde bkz. Sur, s.255-256.

Yargıtay, iş güvencesine tâbi olmayan işçiler açısından düzenlenen cezaî şartın üst sınırını, iş güvencesinden yararlansaydı talep edebileceği miktar ile sınırlamıştır. Yargıtay bu ölçüte dayanarak, aşırı miktarda bulunduğu cezaî şartta indirim yapmaktadır. Bkz. Y.9.H.D., T.13.5.2010, E.2008/26003, K.2010/13047, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 12.12.2017 ve kararın, toplu sözleşme özerkliğine hiçbir emredici düzenleme bulunmadan müdahale edilmesi yönünde eleştirisi için bkz. Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.39. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, b, (3), ii.

⁸⁰¹ Bu tartışmada ileri sürülen görüşler ve kanaatimiz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, D, 1, a, (1).

emredici hüküm, iş güvencesine tâbi olmayan işçiler bakımından herhangi bir düzenleme getirmemektedir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesi ile bahsi geçen işçiler için gerek iş güvencesi kapsamında olan işçilere yönelik kanuni tazminatların kararlaştırılması gerekse cezaî şart adı altında yaptırım öngörülmesi mümkündür. Bu durumda cezaî şart miktarına kanunen getirilen tek sınırlama olan TBK m.182/3 devreye girecektir. Bu düzenleme uyarınca hâkim tarafından, bu işçiler iş güvencesine tâbi işçi olsalardı talep edebilecekleri miktar “ölçüt” alınarak indirim yapılmalıdır. Belirtilmelidir ki toplu iş sözleşmesi kanun hükmünde değildir. Başka bir deyişle esasen taraf iradelerinin uyuşması ile varlık kazandığından yine bir sözleşmedir. Bunun sonucunda kanunun amacına aykırı veya kanunun hükümlerini dolanan düzenlemeler içermesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu kabul, toplu sözleşme özerkliğine de aykırı görülemez.

2. Tarafların Hak Ve Borçlarına İlişkin Hükümler Bakımından Cezaî Şart

Toplu iş sözleşmesi, sözleşmesel niteliğe sahip olması dolayısıyla, tarafların hak ve borçlarına ilişkin hükümler içerebilmektedir⁸⁰². 6356 sayılı Kanun m.33/2, toplu iş sözleşmesinin, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri içerebileceğine yer vermiştir. Söz konusu fıkranın lafzından, tarafların hak ve borçlarına ilişkin bölümünün, toplu iş sözleşmesinin zorunlu unsuru olmadığı; tarafların sözleşme serbestisi prensibi uyarınca serbestçe kararlaştıracabilecekleri kurallar olduğu sonucu çıkmaktadır⁸⁰³.

⁸⁰² Dütz, Thüsing, s.266; Löwisch, Rieble, TVG Art 1, Rn.1134-1136; Wörlen, Kokemoor, Rn.306; Tuncay, Savaş Kutsal, s.204-205; Ekmekçi, **Toplu İş**, s.184.

⁸⁰³ Esener, s.414; Şahlanan, **Tis**, s.21-22; Tuncay, Savaş Kutsal, s.204; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.874; Ekmekçi, **Toplu İş**, s.184; Sur, s.250; Yayvak, s.126-127.

Alman Hukuku'nda, Türk Hukuku'ndaki düzenlemenin ve kabulün tam tersi olarak, tarafların hak ve borçlarına ilişkin hükümler zorunlu unsur olarak nitelendirilmektedir. Bunun nedeni ise, toplu iş sözleşmesinde yazılı olarak düzenlenmese bile her sözleşmede bulunduğu kabul edilen ve sözleşmenin karakterinden doğan, tarafların dirlik borcu ve sözleşmeyi yerine getirme borcudur. Buna karşılık Alman Hukuku'nda, toplu iş sözleşmesinde normatif hükümlere ihtiyari olarak yer verilebilecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Henssler, Willemsen, Kalb, TVG §1, Rn.61; Junker, s.288; Dütz, Thüsing, s.266.

Toplu iş sözleşmesinin tarafların hak ve borçlarına ilişkin bölümü, normatif bölümden farklı olarak sadece toplu iş sözleşmesinin tarafları olan işçi sendikası ile işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işveren arasında hak ve borç doğurmaktadır. Buna karşılık işçi sendikasına üye olan işçiler ile diğer işçiler için ise ne hak ne de borç doğurur⁸⁰⁴. Kaldı ki Türk Hukuku'nda, Alman Hukuku'nda olduğu gibi üçüncü kişi zararına sözleşme yapılamaz kuralı geçerlidir. Bu nedenle de işçi sendikası ve işveren sendikası, üyelerini bu tür hükümlerle borç altına sokamazlar⁸⁰⁵. Ancak sendika, toplu iş sözleşmesi ile yüklendiği yükümlülüklerin yerine getirilmesi için kanundan, tüzükten ve sendikal otoriteden doğan yaptırım ve yetkilerini, üyelerine karşı kullanabilecektir⁸⁰⁶.

Toplu iş sözleşmesi hükümleri dikkate alındığında, cezaî şarta normatif bölümde yer verilebileceği gibi, tarafların hak ve borçlarına ilişkin bölümde de yer verilebilecektir. Böylelikle toplu iş sözleşmesinin taraflarına yönelik yükümlülüklerin yerine getirilmesi için bir güvence sağlanması amaçlanmaktadır⁸⁰⁷. Bu durumda cezaî şart, iş sözleşmesinde yer alan cezaî şarta göre farklılık arz etmeksizin, TBK m.179 vd. hükümlerine tâbi olmak suretiyle, toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında hüküm ifade edecektir⁸⁰⁸.

Doktrinde, toplu iş sözleşmesinin tarafların hak ve borçlarına ilişkin bölümü, kanun maddesine dayanılarak iki ayrı başlık altında incelenmektedir⁸⁰⁹. Bunlardan ilki, tarafların karşılıklı hak ve borçlarına ilişkin hükümler; ikincisi ise toplu iş

⁸⁰⁴ Wörlen, Kokemoor, Rn.306; Löwisch, Rieble, TVG Art 1, Rn.1134-1136; Tunçomağ, **C.II**, s.212; Esener, s.419; Tuncay, Savaş Kutsal, s.204; Şahlanan, **Tis**, s.21; Ekmekçi, **Toplu İş**, s.184.

⁸⁰⁵ Tunçomağ, **C.II**, s.212; Şahlanan, **Tis**, s.21; Özdemir, **Normatif Hükümler**, s.21.

⁸⁰⁶ Şahlanan, **Tis**, s.21; aynı yönde bkz. Tuncay, Savaş Kutsal, s.205; Özdemir, **Normatif Hükümler**, s.21.

⁸⁰⁷ Schönerberger, Vischer, Art 357a, Rn.70; BK-Rehbinder, Stöckli, Art 357a, Rn.73; Söllner, s.101; Esener, s.420-421; Şahlanan, **Tis**, s.22; Arıcı, s.37; Günay, s.95.

⁸⁰⁸ Türk Hukuku'nda olduğu gibi, toplu iş sözleşmesinin tarafların hak ve borçlarına ilişkin bölümünde yer alan cezaî şart için, İsviçre Hukuku'nda OR m.160 vd., Alman Hukuku'nda ise BGB m.339 vd. hükümlerinin, uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı kabul edilmektedir. İsviçre Hukuku için bkz. Schönerberger, Vischer, Art 357a, Rn.70-73; Vischer, Albrecht, Art 357a, Rn.85; BK-Rehbinder, Stöckli, Art 357a, Rn.73. Alman Hukuku için bkz. Löwisch, Rieble, Rn.1441; Staudinger, Rieble, Art 339, Rn.252.

⁸⁰⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.879-880; Tuncay, Savaş Kutsal, s.205-208; Şahlanan, **Tis**, s.22 vd.; Ekmekçi, **Toplu İş**, s.184-185.

sözleşmesinin uygulanmasına ve denetimine, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlerdir⁸¹⁰.

Toplu iş sözleşmesi taraflarının kendilerine düşen görevleri iyi niyetle yerine getirmelerine ve sözleşmeyi ihlal etmekten kaçınmalarına ilişkin hükümler, karşılıklı hak ve borçlarına örnektir⁸¹¹. Bu borç, Borçlar Hukuku'nda geçerli olan sözleşmeyi iyiniyetle yerine getirme ve ahde vefa ilkelerinin toplu iş hukukundaki yansımasıdır⁸¹².

6356 sayılı Kanun m.33/2'de, sözleşmenin uygulanmasını, denetimini ve uyuşmazlıkların çözüm yollarını düzenleyen hükümlere toplu iş sözleşmesinde yer verilebileceği ifade edilmiştir. Bu tür hükümler toplu iş sözleşmesi taraflarına, belirli bir harekette bulunmak şeklinde bir yapma borcu ya da belirli bir harekette bulunmaktan kaçınmak şeklinde bir yapmama borcu yükler⁸¹³. Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması ve sendika üyelerinin sözleşmeye uyması için sözleşmenin içeriği hakkında bilgilendirilmeleri, sözleşme ihlalinin önlenmesi, sözleşmenin yorumlanmasından çıkacak uyuşmazlıkların çözülmesi amacıyla getirilen hükümler yapma borcuna ilişkindir. Bu tür hükümlerin sendika üyeleri tarafından ihlali haline yönelik olarak, sendika tarafından karşı tarafa ödenmek üzere cezaî şart kararlaştırılması mümkündür⁸¹⁴.

⁸¹⁰ Alman Hukuku'nda ise toplu iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin TVG m.1/1 hükmü, SenTİSK kadar ayrıntılı değildir. Bu nedenle “*toplu iş sözleşmesi, taraflarının hak ve borçlarını düzenler*” hükmüne dayanılarak, Alman Hukuk doktrininde üçlü bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre dirlik borcu, toplu iş sözleşmesinde yer alan hükümleri yerine getirme borcu ve diğer borçlar olarak sınıflandırma yapılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dieterich, Hanau, Schaub, s.2601-2604; Dütz, Thüsing, s.266-267; Löwisch, Rieble, Art 1, Rn.1134.

⁸¹¹ Dieterich, Hanau, Schaub, s.2603; Esener, s.424-425; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.879-880; Tuncay, Savaş Kutsal, s.205; Ekmekçi, **Toplu İş**, s.184; Sur, s.250.

⁸¹² Dütz, Thüsing, s.266; Özdemir, **Normatif Hükümler**, s.25.

⁸¹³ Esener, s.421; Tunçomağ, **C.II**, s.217.

⁸¹⁴ Dütz, Thüsing, s.266; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.880; Çelik, **Türk ve Alman Hukukunda**, s.27; Tunçomağ, **C.II**, s.217; Tuncay, Savaş Kutsal, s.208. Sendikalar, üyelerini toplu iş sözleşmesinden doğan borçlarına uymaya zorlamakla yükümlüdürler. Alman Hukuku'nda *Einwirkungspflicht* olarak ifade edilen bu yükümlülüğe, Türk Hukuku'nda “*üyeleri toplu iş sözleşmesine uymaya zorlama yükümlülüğü*” denilmektedir. Bu yönde bkz. Tuncay, Savaş Kutsal, s.208; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.880. Alman Hukuku'nda, *Einwirkungspflicht* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Henssler, Wilmsen, Kalb, TVG §1, Rn.63; Dieterich, Hanau, Schaub, s.2603. Bu konuda bir yargı kararı için bkz. BAG, Urteil vom 10.6.2009, ZTR 2010, 73.

C.Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Cezaî Şartın Miktarı

1. Cezaî Şart Miktarı ve Aşırılığının Tespitinde Özellik Arz Eden Durumlar

Türk Borçlar Kanunu m.182/1 uyarınca taraflar, cezaî şartın miktarını serbestçe belirleyebileceklerdir⁸¹⁵. Taraflar uygulamada çoğunlukla cezaî şart miktarını rakamsal olarak belirlemek yerine, ücreti, bakiye süreyi, kıdem veya ihbar tazminatı miktarını veya katlarını ölçüt olarak alarak belirleme yapmaktadırlar. Hatta çoğu zaman “cezaî şart” ifadesine dahi yer verilmemektedir. Yargıtay, bu ölçütler dikkate alınarak belirlenen yaptırımları cezaî şart olarak kabul etmektedir⁸¹⁶. Keza Yargıtay, bu tür hükümlerin, kanunun emredici düzenlemelerini dolanma amacı taşıyan hükümler olmadığı yönünde karar vermektedir⁸¹⁷.

⁸¹⁵ Cezaî şartın miktarı bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. 1. Bölüm, IX.

⁸¹⁶ Yargıtay’ın bir kararında, “...Toplu iş sözleşmesinin 18/2. maddesinde, “İşveren zorunlu işçi çıkarma hakkını hatalı kullandığı veya sözleşme hükümlerine uymadığı saptanırsa, işçi açıkta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer hakları derhal ödenmek suretiyle derhal işe başlatılır. Buna uyulmadığı takdirde işçinin ihbar ve kıdem tazminatının 3 katı tutarı tazminat ödenir...” hükmü, cezaî şart tazminatı olarak düzenlenmiştir...” ifadeleri ile bu hususa dikkat çekilmiştir. Bu karar için bkz. Y9.HD., T.18.03.2010, E.2008/22467, K.2010/7212, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019.

Yine toplu iş sözleşmesinde cezaî şart ifadesine yer verilmemesine rağmen, Yargıtay’ın hükmü cezaî şart kabul ettiği ilginç bir kararda, “...İddianın dayanağı toplu iş sözleşmesinin 11. maddesinin 3. fıkrasında, “İşverenin başvuru tarihinden itibaren bir ay içinde işe alınmadığı takdirde, yukarıdaki fıkra uyarınca hesaplanacak ücretlerini ve bu TİS ile belirlenen diğer bütün haklarını ödemeye devam etmekle yükümlüdür.” şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Hizmet akdi ve çalışma olgusunun söz konusu olmadığı bir dönem için ücrete hak kazanılması mümkün değildir. TİS’in anılan maddesinde öngörülen güvence cezaî şart niteliğindedir. Mahkemece cezaî şarta ilişkin Borçlar Kanunu’nun 161/son maddesi hükmü dikkate alınmak suretiyle bir değerlendirme yapılmak suretiyle hüküm kurulması gerekirken, ...” ifadesine yer verilmiştir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.11.06.2007, E.2006/32032, 2007/18506, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019.

Yargıtay’ın toplu iş sözleşmesindeki gecikme faizini, cezaî şart saydığı bir kararında şu ifadeye yer verilmiştir: “...Davacı vekili dava dilekçesinde eksik ödenen ücret alacağını TİS hükmüne göre %3 gecikme faizi ile birlikte talep etmiştir. Toplu İş Sözleşmelerinde öngörülen %3 oranındaki faiz, işverenin işçi ücretlerini zamanında ödemesini sağlamaya yönelik cezaî şart niteliğindedir. Davacının dava dilekçesinde ücret alacağı yanında bu cezaî şartı da talep ettiği açıktır...”. Bu karar için bkz. Y.7.HD., T.10.02.2015, E.2014/21415, K.2015/1149, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019. Aynı yönde başka bir karar için bkz. Y.9.HD., T.12.05.2008, E.2008/9018, K.2008/12190, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019.

⁸¹⁷ Yargıtay bir kararında toplu iş sözleşmesinde yer alan yönetici tazminatını, “...Somut olayda, davacı lehine hükmedilen yönetici tazminatı mahiyeti itibarıyla cezaî şart niteliğinde olduğundan...” ifadelerine yer vererek cezaî şart saymıştır. Bu karar için bkz. Y.22.HD., T.03.06.2013, E. 2012/24169, K.2013/13461, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019. Doktrinde bu tür kararları isabetli bulan yazarlar için bkz. Narmanlıoğlu, **Feshe Karşı Koruma**, s.334; Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.85-86; Şahlan, **Değerlendirme 1996, Genel Görüşme**, s.235; Alpogut, **Değerlendirme 2001**, s.126; Karagöz, s.170-171. Aksi yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y.9.HD., T.19.06.1996, E.1996/1783, K.1996/14013, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 21.03.2017.

Toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın miktarının da aşırı belirlenmiş olması ihtimal dâhilindedir. Fakat TBK m.182/3 uyarınca, hâkimin aşırı gördüğü cezaî şartı indirebileceği düzenlemesinin, toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şart bakımından uygulanabilirliği, özellikle toplu sözleşme özerkliği ekseninde tartışılmaktadır⁸¹⁸. Bu konu ele alınmadan önce, toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın miktar bakımından uygunluğunun veya aşırılığının tespitinde dikkate alınması gereken ölçütlerin neler olduğu konusu üzerinde durulacaktır.

Cezaî şart miktarının aşırılığının tespitinde, farklı ölçütlerden yararlanılmaktadır. Alacaklının haklı menfaati, sözleşme ihlalinin ağırlığı, kusur derecesi, borçlunun ihlal yoluyla amaçladığı menfaatler, tarafların ekonomik durumları bu ölçütlerden birkaçıdır⁸¹⁹. Toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart için ise ek bir şart daha kabul edilmektedir: üçüncü kişiye yönelik bir sözleşme yapılmış olması⁸²⁰. Bu son şart dolayısıyla toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın miktarının uygunluğunun tespitinde yararlanılan ölçütler, toplu iş sözleşmesine uyarlanmalıdır. Şöyle ki menfaat karşılaştırması sırasında toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikası kendi menfaatini değil, işçilerin menfaatlerini dikkate alacağından, toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında malvarlığı esas alınarak yapılan menfaat karşılaştırmasının pek anlamı olmayacaktır. Hâlbuki normal şartlarda, menfaat karşılaştırması sözleşmenin tarafları arasında yapılmaktadır⁸²¹. Bu durumda sözleşmenin ihlalinin ağırlığı ile kusur derecesi, cezaî şartın miktarının uygunluğunun tespitinde daha büyük önem arz edebilecektir⁸²².

Sonuç olarak, hâkim, toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın miktarı bakımından tüm ölçütleri, toplu iş sözleşmesinin bireysel iş sözleşmesine nazaran sahip olduğu özel niteliği dikkate alarak değerlendirildikten sonra, cezaî şartın aşırı olup olmadığını takdir edecektir.

⁸¹⁸ Toplu sözleşme özerkliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülsevil Alpagut, **Toplu İş Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi**, İstanbul, Kansu Matbaacılık, 2002, s.46 vd.

⁸¹⁹ Von Tuhr, Escher, s.285; Schönerberger, Vischer, Art 357a, Rn.75; Vischer, Albrecht, Art 357a, Rn.90; BK-Rehbinder, Stöckli, Art 357a, Rn.74.

⁸²⁰ BK-Rehbinder, Stöckli, Art 357a, Rn.74.

⁸²¹ Schönerberger, Vischer, Art 357a, Rn.76; Vischer, Albrecht, Art 357a, Rn.91; BK-Rehbinder, Stöckli, Art 357a, Rn.74.

⁸²² Bu konuda bkz. Schönerberger, Vischer, Art 357a, Rn.76; Vischer, Albrecht, Art 357a, Rn.91; BK-Rehbinder, Stöckli, Art 357a, Rn.74.

2. Aşırı Miktardaki Cezaî Şarta Hâkimin Müdahalesi

Hâkimin, çeşitli ölçütleri dikkate alarak yaptığı değerlendirme sonucu toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın miktarını aşırı bulması halinde, TBK m.182/3 uyarınca sahip olduğu resen indirim yetkisini kullanarak makul bir seviyeye indirmesi gerekmektedir. Fakat toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şart bakımından hâkimin indirim yetkisi, toplu iş sözleşmesinin hukuki niteliği odak noktada bulunmak üzere en tartışmalı konuyu oluşturmaktadır. Doktrinde bir görüş tarafından, çeşitli gerekçeler ileri sürülerek hâkimin toplu iş sözleşmesinde yer alan aşırı miktardaki cezaî şarta müdahale edemeyeceği savunulmaktadır⁸²³. Buna karşılık yargı kararlarında yer alan ve son yıllarda doktrinde de kabul edilen görüşe göre, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, iş sözleşmesinde olduğu gibi, toplu iş sözleşmesindeki cezaî şartın da indirime tâbi tutulması gerektiği belirtilmektedir⁸²⁴. Bu iki görüş ve gerekçeleri ekseninde konunun incelenmesi, kanaatimizin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Doktrinde toplu iş sözleşmesindeki cezaî şartın miktarına hâkimin müdahale edemeyeceğine ilişkin ileri sürülen ilk görüş, toplu iş sözleşmesi taraflarının eşit konumda bulunduğu prensibini temel almaktadır. Nitekim taraflar, karşılıklı müzakere yoluyla aşırı miktardaki cezaî şartı kabul etmişlerdir. Dolayısıyla tarafların serbest iradeleri ile kararlaştırdıkları hükme, hâkimin müdahale etmesi isabetli görülmemektedir⁸²⁵. Bu görüş gerekçelendirilirken ikinci olarak, toplu iş sözleşmesinin hukuki niteliği esas alınmaktadır. Bunun sonucunda toplu iş sözleşmesinin hem klasik anlamda Borçlar Hukuku sözleşmesi hem de aynı zamanda kanun özellikleri taşıdığı gösterilmektedir. Buna göre toplu iş sözleşmesinin normatif bölümünde yer alan cezaî şarta ilişkin hükmün, klasik bireysel sözleşme hükmü olarak

⁸²³ Bu görüş için bkz. Ekonomi, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.162; Çelik, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.168; Güzel, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.166; Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.87-88; Özdemir, **Cezai Şart**, s.407-408.

⁸²⁴ Bu görüş hakkında bkz. Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.69 ve 175-176; Şahlanan, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.158-159; Alpagut, **Değerlendirme 2001**, s.126-127; aynı yazar, **İşlem Temeli**, s.174 vd.; Sur, s.255.

⁸²⁵ Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.88; Özdemir, **Cezai Şart**, s.407.

değil, bir kanun hükmü olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁸²⁶. Keza toplu sözleşme özerkliği gereği taraflar, emredici ve normatif nitelikte hükümler kararlaştırabileceklerdir. Bu hükümler, sadece Anayasa ile 6356 sayılı Kanun'da belirtilen ilkelere aykırı ise geçersizdir. Bu kabul sonucunda hâkim, kanun hükmü niteliğini haiz cezaî şart hükmüne müdahalede bulunamamalıdır. Aksi halde toplu sözleşme özerkliğine müdahalede bulunmuş olacaktır⁸²⁷. Hatta Yargıtay'ın toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın hâkimin müdahalesine tâbi olduğu yönündeki kararları da, toplu iş sözleşmesi özerkliği ve normatif hükümlerin hukuki niteliği ile bağdaşmadığı gerekçesiyle bu görüş tarafından eleştirilmektedir⁸²⁸.

Toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın miktarının aşırı olması halinde, hâkimin resen indirim yetkisini kullanabileceği yönündeki ikinci görüşün gerekçeleri de oldukça güçlüdür. Bu görüşe göre, toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın normatif bölümde yer alması ile miktarının aşırı olması halinde hâkim tarafından makul bir miktara indirilmesi birbirinden farklı konulardır. Öyle ki toplu iş sözleşmesi, hukuki nitelik bakımından özünde sadece bir “sözleşme”dir⁸²⁹. Bu nedenle cezaî şart, toplu iş sözleşmesinin normatif bölümünde de yer alsın, hâkim miktarının aşırı olduğunu takdir ederse, indirim yetkisini kullanabilmelidir. Fakat bu indirim yapılırken, hâkim daha sınırlı bir hareket alanına sahip olmalıdır. Bu nedenle toplu iş sözleşmesindeki aşırı cezaî şartın indirilmesi, bireysel sözleşmeden hâkimin takdir yetkisinin sınırları bakımından ayrılmaktadır. Nitekim toplu iş sözleşmesi tarafları, bireysel iş sözleşmesi taraflarına nazaran eşit konumda sayılmaktadır. Ne de olsa cezaî şart hükmünü, düzenleme getirilmeden önce aralarında müzakere etmişlerdir.

⁸²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekonomi, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.162; Çelik, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.168; Güzel, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.166; Özdemir, **Cezai Şart**, s.407-408.

⁸²⁷ Ekonomi, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.162; Çelik, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.168; Güzel, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.166; Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.87-88; Özdemir, **Cezai Şart**, s.407-408.

⁸²⁸ Özdemir, **Cezai Şart**, s.408. Toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şartın aşırı olması halinde, hâkimin indirim yapmakla yükümlü olduğu yönündeki karar için bkz. Y.9.HD., T.26.06.2006, E.2005/38853, K.2006/18418, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019. Aynı yönde bkz. Y.9.HD., T.13.11.2009, E.2008/11386, K.2009/31549, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019; Y.9.HD., T.09.05.2008, E.2007/16926, K.2008/11970, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019; Y.9.HD., T.24.01.2005, E.2004/31271, K.2005/1289, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 12.02.2019.

⁸²⁹ Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.69 ve 175-176; Şahlanan, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.158-159; Alpagut, **İşlem Temeli**, s.186; aynı yazar, **Değerlendirme 2001**, s.126-127; Sur, 249, 255.

Dolayısıyla hâkim indirim yetkisini daha sınırlı kullanmalıdır⁸³⁰. Ayrıca unutulmamalıdır ki toplu iş sözleşmesi ile sadece işveren aleyhine değil, işçi aleyhine de cezaî şart kararlaştırılabilmektedir. Bu nedenle de işçinin korunması ilkesi uyarınca, cezaî şartın aşırı olması halinde indirim yapılmasının gerekebileceği ifade edilmektedir⁸³¹.

İsviçre Hukuku'nda⁸³² hâkim, cezaî şartın aşırı olduğunu takdir ederse, OR m.163/3 uyarınca indirim yetkisini kullanacaktır. Bununla beraber hâkimin takdir yetkisi, toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şart bakımından sınırlı çerçevede tutulmalıdır. Zira bu tip cezaî şart, bireysel iş sözleşmesine değil, toplu iş sözleşmesine dayanmaktadır. Öyle ki cezaî şart yoluyla toplu iş sözleşmesi taraflarının, bireysel sözleşme tarafları için kararlaştırılan yükümlülüklerin ihlalinin cezalandırılmasını amaçladığı göz ardı edilmemelidir⁸³³.

Toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın aşırı miktarda belirlenmesi halinde, kanaatimizce de TBK m.182/3'de yer alan, hâkimin indirim yetkisini kullanması bakımından herhangi bir engel yoktur. Bu çerçevede toplu sözleşme özerkliği de yeterli bir gerekçe değildir. Nitekim toplu iş sözleşmesi, tarafları, iş sözleşmesi üzerindeki emredici ve doğrudan etkisi dolayısıyla bireysel iş sözleşmesine nazaran özellik arz etse de, nihayetinde sadece bir sözleşmedir. Bu nedenle kamu düzeni ile kanunun emredici hükümlerinin uygulama alanına dâhildir⁸³⁴. Dolayısıyla

⁸³⁰ Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.69 ve 175-176; Şahlanan, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.158-159; Alpaut, **İşlem Temeli**, s.83-84; aynı yazar, **Değerlendirme 2001**, s.126-127; Alp, **Değerlendirme 2013**, s.249-250. Şahlanan, toplu iş sözleşmesinde yer alan aşırı bildirim süresine ilişkin Yargıtay'ın bir kararını değerlendirirken, hâkimin toplu iş sözleşmesine müdahalesinin sözleşmeden doğan borcun işveren için gerçekten aşırı ifa gücünü yaratması ve işletmenin devamlılığını ciddi şekilde tehdit edecek boyutta olması ölçütlerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu karar ve incelemesi için bkz.Y.9.HD., T.11/04/2006, E.2006/2630, K.2006/9547, Fevzi Şahlanan, "Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Fahiş İhbar Önellere ve Yargının Müdahalesi", **Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi**, Hukuk Eki, Aralık 2006, s.2-4.

⁸³¹ Alpaut, **Değerlendirme 2001**, s.127; aynı yazar, **İşlem Temeli**, s.182.

⁸³² İsviçre Hukuku'nda bir görüş tarafından, işçiye yararlılık ilkesine dayanılmak suretiyle, toplu iş sözleşmesinde düzenlenen cezaî şartın, işçi yararına olmak üzere iş sözleşmeleri ile artırılabilirliği savunulmaktadır. Buna karşılık işveren yararına değişiklik yapılamayacağı ileri sürülmektedir. Zira cezaî şartın miktarının artırılması bakımından, işverenin korunmasını gerektiren bir menfaatin bulunmadığı ifade edilmektedir. Bu görüş için bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, Art 357, Rn.32. Buna karşılık aksi görüşe göre, bireysel iş sözleşmeleri ile hiçbir durumda cezaî şart artırılamayacaktır. Nitekim toplu iş sözleşmesinde belirlenen cezaî şart miktarının, bir üst sınır olduğu kabul edilmektedir. Bu görüş için bkz. Schönenberger, Vischer, Art 357, Rn.21.

⁸³³ BK-Rehbinder, Stöckli, Art 357a, Rn.77.

⁸³⁴ Aynı yönde bkz. Alpaut, **İşlem Temeli**, s.186.

cezaî şart hükümleri içinde emredici niteliği haiz TBK m.182/3, toplu iş sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulmalıdır. Fakat İsviçre Hukuku'nda ifade edildiği üzere, cezaî şart yoluyla bireysel sözleşme tarafları için kararlaştırılan yükümlülüklerin ihlalinin yaptırıma bağlanmasının amaçlandığı da göz ardı edilmemelidir. Hâkim, aşırı cezaî şartta indirim için takdir yetkisini kullanırken, bu hususu bir ölçüt olarak değerlendirmelidir.

D. Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Cezaî Şartın Yorumlanması

Toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şart hükümleri, uygulamada çoğunlukla açık ve anlaşılır ifadelerle düzenlenmediğinden yoruma muhtaçtır. Fakat toplu iş sözleşmesinin, normatif hükümler ile tarafların hak ve borçlarına ilişkin hükümler olmak üzere iki bölümden oluşması ve bu bölümlerin hukuki niteliğinin farklı olmasından dolayı, yorum için kullanılan metotlar da farklılık göstermektedir.

Toplu iş sözleşmesinin tarafların hak ve borçlarına ilişkin bölümünde yer alan cezaî şartın yorumlanmasında, sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin kurallar uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada TBK m.19 uyarınca sözleşmenin yorumunda, tarafların sehven veya gerçek amaçlarını gizlemek için kasten kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınacaktır. Nitekim toplu iş sözleşmesinin tarafların hak ve borçlarına ilişkin bölümü, sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Dolayısıyla öncelikli olarak, tarafların gerçek iradelerinin ne olduğunun tespiti önem kazanacaktır⁸³⁵. Tarafların gerçek iradelerinin tespit edilmesinde ise temelini dürüstlük kuralından alan güven prensibi uygulama alanı bulacaktır.

Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri içinde yer alan cezaî şartın yorumlanmasında ise konu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, toplu iş sözleşmesinin normatif bölümünün yorumlanmasında maddi anlamda kanun gibi yorum yapılması ve buna ilişkin yorum metotlarının kullanılması gerekmektedir. Gerekçe olarak ise toplu iş sözleşmesinin normatif bölümünün tarafları için değil;

⁸³⁵ Esener, s.535; Tunçomağ, C.II, s.226; Şahlanan, Tis, s.165; Tuncay, Savaş Kutsal, s.331-332.

bireysel iş sözleşmesinin tarafları için objektif ve emredici hukuk kuralları içerdiği gösterilmektedir⁸³⁶. Bunun sonucunda ise yorum metodu olarak öncelikle, hükmün lafzı ve hazırlık çalışmaları dikkate alınacaktır⁸³⁷. Eğer hükmün lafzı açık değilse, hükmün amacı, kanun koyucunun (*burada toplu iş sözleşmesi taraflarının*) iradesi, hükmün kanun (*burada toplu iş sözleşmesi*) içindeki yeri ve hükmün tarihçesi gibi metotların toplu iş sözleşmesine uyarlanması yoluyla yorum yapılması gerekmektedir. Bu yorum metodunda özellik arz eden husus ise tarafların gerçek iradelerinin araştırılması yerine, üçüncü kişilerin sözleşme hükmüne verdiği anlama (*objektif yorum*) önem atfedilmesidir⁸³⁸.

Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin yorumlanmasında kanunların yorumundaki kurallar geçerli kabul edildiğinde, işçi yararına yorum ilkesi dikkate alınmayacaktır. Şöyle ki kanunların yorumlanması metodu uygulanırken, taraflar arasında eşitlik prensibi kabul edilmektedir. Günümüzde sosyal taraflar arasındaki denge, sendikalar aracılığı ile geçmişe nazaran daha fazla sağlanmıştır. Ayrıca İş Hukuku'nun amacı da işçiyi, işveren karşısında üstün duruma getirmek değil, zıt menfaatler arasında denge kurmak olmalıdır⁸³⁹. Oysaki işçi yararına yorumda, bu ilke geçerli değildir; aksine işçinin sözleşmenin zayıf tarafını oluşturduğu düşüncesinden

⁸³⁶ BK-Rehbinder, Stöckli, Art 356, Rn.134; Rehbinden, Art 356, Rn.212; Hueck, Nipperdey, s.357; Esener, s.535; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. bs., İstanbul, Beta, 2010, s.423. Eski tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin objektif hukuk kuralı niteliğinde olmasından dolayı, sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin ilkenin değil, kanun hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin ilkenin yorumda metot olarak kullanılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu karar için bkz. YHGK, T.21.02.1975, E.1975/9-1040, K.1995/227, İşveren Dergisi, Ekim 1975. Başka bir kararda "...TİS; hizmet akdinin yapılması, içeriğini ve sona ermesi hususlarını düzenleyen normatif hükümler içeren bir sözleşme olup, getirdiği hükümlerin önce sözel, daha sonra amaçsal yorumunu gerektirmektedir..." ifadelerine yer verilerek, maddi anlamda kanun gibi yorum yapılacağına dikkat çekilmiştir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.7.12.2006, E.2006/12851, K.2006/32166, Çalışma ve Toplum, 2007/3, s.268-269. Ayrıca toplu iş sözleşmesinin yorumlanması hakkında bkz. Y.22.HD., T.19.01.2015, E.2014/36478, K.2015/4, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 23.12.2017.

⁸³⁷ Franz Gamillscheg, **Kollektives Arbeitsrecht: Grundlagen, Koalitionsfreiheit, Tarifvertrag, Arbeitskampf und Schlichtung**, Band 1, München, Beck, 1997, s.650-653.

⁸³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gamillscheg, **Band I**, s.654-660; Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.423.

⁸³⁹ BK-Rehbinder, Stöckli, Art 356, Rn.138; Gamillscheg, **Band I**, 649; A. Can Tuncay, **Ekonomi-Ulucan, İş Hukuku Uygulaması: Kararlar ve İncelemeleri**, İstanbul, İş Hukuku Yayınları, 1976, İHUK TSGK V, TSGK 1, (No.7); Tuncay, Savaş Kutsal, s.195 ve 334; Sur, s.371. İsviçre'de dolaylı borç doğuran karakterdeki cezaî şart düzenlemeleri ise kural olarak normatif düzenlemelerde olduğu gibi yorumlanacaktır. Zira bu düzenlemeler de bireysel iş ilişkisinin içeriğine yöneliktir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BK-Rehbinder, Stöckli, Art 356, Rn.137.

hareket edilmektedir. Fakat aksi görüşe göre, tereddüt halinde, toplu iş sözleşmesinin amacı da gözetilerek işçi yararına yorum ilkesine başvurulabilmelidir⁸⁴⁰.

Toplu iş sözleşmesinin normatif bölümünün yorumlanmasında bizim de katıldığımız görüşe göre ise sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin ilkeler, toplu iş sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulmalıdır⁸⁴¹. Bu görüş esas alındığında, TBK m.19 çerçevesinde yorum yapılacaktır. Nitekim toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri de tarafların karşılıklı müzakereleri akabinde, serbest iradelerinin uyuşması yoluyla düzenlenmiştir. Dolayısıyla tarafların gerçek ve ortak iradelerinin tespiti, cezaî şart hükmünün yorumlanmasında önem kazanmaktadır. Bu görüş uyarınca, cezaî şartın, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri veya tarafların hak ve borçlarına ilişkin hükümleri içinde yer alması bakımından bir ayırım yapılmaksızın, sözleşmenin yorumlanmasına yönelik esaslar uygulanacaktır⁸⁴².

Karma görüş olarak nitelendirilebileceğimiz üçüncü bir görüşe göre ise toplu iş sözleşmesinin normatif bölümünde yer alan cezaî şart hükmünün yorumlanmasında, öncelikle sözleşme metninin esas alınması gerekmektedir⁸⁴³. Böylelikle üçüncü kişilerin o hükme vereceği anlam bulunmalıdır. Yani burada öncelikle kanunların yorumlanmasına ilişkin esaslara başvurulduğu anlaşılmaktadır. Fakat bu yapılırken, toplu iş sözleşmesinin bütünlüğü, genel içeriği ve varsa önceki toplu iş sözleşmesi değerlendirmede dikkate alınmalıdır. Fakat bu yola başvurabilmek için sözleşme metninin açık ve anlaşılır olması gerekmektedir. Bu durumda TBK m.19'da olduğu gibi, tarafların gerçek amaç ve iradesinin değerlendirilmesine gerek kalmayacaktır.

⁸⁴⁰ Esener, s.536; Tunçomağ, **C.II**, s.377; Şahlanan, **Tis**, s.166. Hiçbir istisna tanımaksızın hangi yorum metodu tercih edilirse edilsin, tereddüt halinde işçi yararına yorum ilkesinin Toplu İş Hukuku söz konusu ise uygulanamayacağı yönündeki aksi görüş için bkz. bkz. Elbir, **Yorum**, s.34; Tuncay, Savaş Kutsal, s.195 ve 334.

⁸⁴¹ Elbir, **Yorum**, s.24 vd.. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi eski tarihli bir kararında, beyanların ve sözcüklerin herkeşçe verilen objektif anlamından ziyade, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca bilinen hal ve koşulların dikkate alınarak, gerçek ve ortak amacın tespit edilmesi gerektiğine yer vermiştir. Bu bağlamda Mahkeme, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin yorumlanmasında da sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin esasları dikkate almıştır. Bu karar için bkz. Y.9HD., T.18.11.1981, E: 1981/10655 K: 1981/13806, İşveren Dergisi, Mart 1982.

⁸⁴² Elbir, **Yorum**, s.27; Oğuzman, **İlişkiler**, s.88.

⁸⁴³ Toplu iş sözleşmesindeki hükümlerin, bir yandan kanun gibi yorumlama metoduna tâbi tutulması diğer yandan ise sözleşmenin yorumlanması metodunun uygulanması kanaatimizce çelişkili gözükmektedir. Fakat bu uygulamanın, toplu iş sözleşmesinin hukuki niteliğinin karma olması ve olayın özelliklerine bağlı olması dolayısıyla yerinde olduğu da ifade edilmektedir. Bu değerlendirme için bkz. Sur, s.371.

Fakat özellikle sözleşme metninin yeterli açıklık taşımadığı durumlarda, tarafların gerçek iradesinin tespiti bir zorunluluktur. Zira normatif hükümler de esasen taraf iradelerinin uyuşması sonucu belirlenmiştir. Bu durumda ise devreye sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin hükümler girecektir⁸⁴⁴.



⁸⁴⁴ Tuncay, **İHU TSGLK 1**, (No.7); Şahlanan, **Tis**, s.165-166; Tuncay, Savaş Kutsal, s.333; Sur, s.370-371; Karagöz, s.167.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BAZI ÖZEL DURUMLAR BAKIMINDAN İŞ HUKUKU'NDA CEZAÎ ŞART

I. REKABET YASAĞI HALİNDE CEZAÎ ŞART

A. Genel Olarak

Piyasa ekonomisinin ve teknolojiadaki gelişmelerin sonucunda 20.yüzyıldan beri, özellikle nitelikli işçinin bir işletmede çalışırken öğrendiği bilgileri rakip işletmelerle paylaşması veya çalıştığı işletmeye kendisinin rakip olması, işverenlerin her zaman karşılaşılabileceği sorunlardan biri olmuştur¹. İş sözleşmesinin devamı süresince, işçinin işvereni ile rekabet etmemesi sadakat borcu içinde yer almaktadır. Nitekim özen ve sadakat borcu kenar başlığını taşıyan TBK m.396'nın üçüncü fıkrasında, “*işçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete giremez.*” ifadeleriyle, iş ilişkisi devam ederken işçinin işvereni ile rekabet etmeme yükümlülüğü, sadakat borcu altında düzenlenmiştir. Temelini TMK m.2'den alan bu borca aykırılık halinde, işveren uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir. Bunun yanı sıra bu aykırılığı, iş sözleşmesinin feshi için haklı neden olarak da öne sürebilecektir².

Alman Hukuku'nda ise işçinin, iş ilişkisi devam ederken işvereni ile rekabet etmemesine yönelik borç Medeni Kanun'da (BGB) değil, Alman Ticaret Kanunu³

¹ Wolfgang Hamann, Tanja Rudnik, “Das Nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeitsrecht”, **Juristische Ausbildung-JURA**, 201, Heft 4, s.341; Polat Soyer, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md. 348-352)**, Ankara, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, 1994, s.3; Arzu Arslan Ertürk, **Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, İstanbul, On İki Levha, 2010, s.326.

² Süzek, s.361; aynı yazar, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, **Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan**, İÜHFİM, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2014, S.2, s.457; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.299; Savaş Taşkent, Mahmut Kabakçı, “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2009, S.16, s.22; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.943; Arslan Ertürk, s.326. İşçinin sadakat borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekonomi, **İş Hukuku**, s.128-129; Tuncay, **Sadakat**, s.1043 vd.; Kudret Ertaş, **Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No.211, 1982, s.1 vd.; Alpagut, **Sadakat Borcu**, s.23 vd.; Arslan Ertürk, s.173 vd..

³ Handelsgesetzbuch, 10.05.1987, RGBI. S. 219.

(HGB) m.60-61’de düzenlenmiştir. Alman Hukuku’nda da bu yükümlülük, sadakat borcunun gereği olarak görülmektedir⁴.

İşçinin, iş ilişkisi sona erdikten sonra da işvereni ile rekabet içine girmesi mümkündür⁵. Hatta bu durum, rekabet serbestîsi ile de uyumludur⁶. Keza işçinin, iş ilişkisi sona erdikten sonra işvereni ile rekabet etmemesine yönelik kanunen öngörülmüş mutlak bir yasak da yoktur. Dolayısıyla işveren, eski işçisinden rekabet oluşturan davranışına son vermesini kural olarak talep edemez⁷. Fakat iş ilişkisi süresince çalıştığı pozisyon gereği, işyerine ve üretim sırlarına dair bilgiler edinmiş veya işverenin müşteri çevresini öğrenmiş olabilir. İşte bu durumda işverenin, işçinin kendisi ile rekabet içine girmesini engellemek amacıyla, iş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olacak bir rekabet yasağı sözleşmesi imzalaması gerekecektir⁸. Bu yasağın getirilmesindeki amaç, işçinin çalışma ilişkisi sırasında öğrendiği bilgileri,

⁴ Hoß, s.1818; Dirk Helge Laskawy, “Die Tücken des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots im Arbeitsrecht”, **NZA**, 2012, Heft 18, s.1011.

⁵ Normal şartlarda işçi, iş sözleşmesi sona erdikten sonra çalışma gücünü serbestçe değerlendirme hakkına sahiptir. Fakat iş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olacak bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılması halinde belirli sınırlamalar ortaya çıkmaktadır. İşçi feshe karşı dava açtığında, feshin geçerli olup olmadığı henüz belirli değildir. Fakat uygulamada çoğu kez dava sonunda işçinin tekrar işveren için çalışmadığı dikkate alındığında, işçi doğal olarak yeni bir işte çalışmanın yollarını arayacaktır. Bu durumda işçinin önünde iki seçenek vardır. Ya dava açtıktan sonra yeni bir iş aramayacak ve işveren üzerinde, feshin hukuki sonuçlarına veya alacaklı temerrüdü hükümlerine dayanarak mümkün olan en yüksek ekonomik baskıyı kurmaya çalışacaktır ya da dava sonucu elde edeceklerinden daha kazançlı bir iş bulacaktır. Son seçenek gerçekleşirse işvereni ile rekabet etme olasılığı daha çok ortaya çıkacaktır. İşte bu gibi haller, iş sözleşmesi henüz sona ermediği için iş ilişkisi sürerken geçerli olan rekabet yasağı hükümleri (HGB m.60-61, TBK m.396,) kapsamında değerlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fischer, s.332. Bununla beraber feshe karşı açılan dava devam ederken, iş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olan rekabet yasağı hükümlerinin (HGB m.74, TBK m.444) uygulanması ve işçiye, karşı edim verilmesi gerektiği yönünde de görüş ileri sürülmektedir. Bu görüş için bkz. Axel Hoß, “Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot während des Kündigungsprozess und im Aufhebungsvertrag”, **DB**, 1997, Heft 36, s.1819; Jobst-Hubertus Bauer / Martin Diller, **Wettbewerbsverbote: Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder**, 5. Auflage, München, C.H.Beck, 2009, Rn.54. Bu yönde bkz. BAG, Urteil vom 03.05.1994, 9 AZR 606/92, DB, 1994, s.50.

⁶ Hartmut Oetker, **Kommentar zum Handelsgesetzbuch**, 5. Auflage, München, C.H.Beck, 2017, HGB §74, Rn.1; Hoß, s.1818; Laskawy, s.1011. Bu yönde bkz. BAG, Urteil vom 26.06.2008, 2 AZR 190/07, **NZA**, 2008, Heft 24, s.1415-1417. Fakat işçinin, çalışırken elde ettiği bilgileri kullanması haksız rekabet boyutuna ulaşıyorsa, TTK m.54 ve devamında düzenlenen haksız rekabet hükümleri devreye girecektir. Bkz. Taşkent, Kabakcı, s.22.

⁷ Schaub, **ArbR-Hdb.**, §58, Rn.1.

⁸ ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.1; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.2; MüArbR/Wank, §107, Rn.1; Wolfgang Grunsky, **Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer**, Köln, Verlag Kommunikationsforum, 1981, s.28; Hamann, Rudnik, s.341; Tuncay, **Sadakat**, s.1065; Ertaş, s.64; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.300; Tunçomağ, Centel, s.104; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.138-139; Alpogut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.944.

sözleşmenin sona ermesinden sonra işverene karşı rekabet oluşturacak şekilde kullanmasının önüne geçilmesidir⁹. İş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olacak rekabet yasağı için sözleşmesel bir temele ihtiyaç bulunmaktadır¹⁰.

Rekabet yasağının iş sözleşmesinde bir kloz olarak yer alması veya ayrı bir sözleşmede kararlaştırılması mümkündür¹¹. Kısacası tarafların, iş ilişkisi kurulurken veya halen sürerken işçinin işvereni ile rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmü, sözleşme sona erdikten sonra geçerli olacak şekilde sözleşmeye kayıt olarak koymaları veya ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi yapmaları mümkündür¹². İş sözleşmesi kurulduktan sonra ise İşK m.22’de yer alan çalışma koşullarında değişiklik düzenlemesi dikkate alınarak, iş sözleşmesine rekabet yasağı kaydı eklenebilir veya ayrı bir sözleşme yapılabilir¹³. İş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olacak rekabet yasağı sözleşmesi yapılmasına yönelik kurallar, TBK m.444 ve devamı (HGB m.74-

⁹ Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.944; Taşkent, Kabakçı, s.22.

¹⁰ MüArbR/Wank, §107, Rn.3; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.1; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.4; Grunsky, s.28; Tuncay, **Sadakat**, s.1065; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.300; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.943-944; Taşkent, Kabakçı, s.23. Nitekim sözleşme sonrası rekabet yasağı, işçinin sadakat borcundan kaynaklanmamaktadır. Dolayısıyla bağımsız bir borç niteliğinde olup, sözleşme ile ayrıca kararlaştırılması gerekmektedir. Bkz. Arslan Ertürk, s.323.

¹¹ ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.6; Herbert Buchner, **Wettbewerbsverbote während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses**, Schriften zur Arbeitsrecht-Blattei Neue Folge Band 2, Heidelberg, Forkel Verlag, 1995, s.110; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.129; Tuncay, **Sadakat**, s.1065; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.300. Rekabet yasağının, iç yönetmelikler veya bunlara atıf yapan belgeler ile düzenlenemeyeceği savunulmaktadır. Zira bu tip belgeler, işveren tarafından, işyerindeki tüm işçileri veya bir bölümünü kapsayacak şekilde genel düzenlemeler olarak hazırlanmaktadır. Oysa ki rekabet yasağının geçerliliği, her bir işçi açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla rekabet yasağının, genel işlem koşullarının niteliği ile de bağdaşmadığı kabul edilmektedir. Bu görüş için bkz. Süzek, s.362; aynı yazar, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.458; Taşkent, Kabakçı, s.35-36; Yıldız, s.38-39.

¹² Süzek, s.361; aynı yazar, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.457; Tuncay, **Sadakat**, s.1065; Fevzi Şahlanan, “Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 11. Yıl Toplantısı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s.71; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.8; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.300; Taşkent, Kabakçı, s.21; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.943; Yıldız, **Sözleşmesel Kayıt**, s.33

¹³ Fevzi Şahlanan, “Rekabet Yasağının Geçerlilik Koşulları (Karar İncelemesi-Temmuz 2007)”, **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s.139; Yıldız, s.39.

75¹⁴) maddelerinde düzenlenmektedir¹⁵. Buna karşılık İş Kanunu'nda konuya ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığından, İş Kanunu kapsamına giren işçiler bakımından da bu hükümler uygulanmaktadır.

İşçinin, iş ilişkisi sona erdikten sonra çalışırken elde ettiği bilgileri kullanması bazı durumlarda işverenin menfaatine büyük çapta zarar verebilecektir. Özellikle büyük ve tanınmış işletmelerde bu risk daha fazladır; çünkü bazı bilgilerin üçüncü kişiler tarafından kullanımı işverenin rekabet gücünü etkileyecek kadar önemli olabilmektedir¹⁶. Dolayısıyla iş ilişkisi sona erdikten sonra geçerli olacak rekabet yasağı kararlaştırılması, girişim özgürlüğü ile işletmenin korunması düşüncesi dikkate alındığında, işverenin haklı menfaatinde¹⁷. Fakat TBK m.444'de düzenlenen rekabet yasağı düzenlemesi her ne kadar işverenin haklı menfaatlerini korumaya yarasa da sınırsız bir uygulama alanına sahip değildir. Zira işçinin, AY m.48 uyarınca çalışma

¹⁴ Bu hükümler, normal şartlarda tacirler için düzenlenmiştir. Fakat geçmiş dönemde, Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında bu hükmün işçi ve işçi benzeri kişilere de uygulanacağı yer almaktaydı. Bu içtihat 01.01.2003 tarihinde GewO m.110'da düzenleme bulmuştur. Bkz. ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.1; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.10; MüArbR/Wank, §107, Rn.4; Schaub, **ArbR-Hdb.**, §58, Rn.10; Laskawy, s.1011; Koch, s.28; Grunsky, s.26-27; Buchner, s.81,83-84.

BAG'ın 1960'lı yıllarda verdiği ilk kararlarında ise aksi görüşü benimsediği görülmektedir. Nitekim BAG, işçiler bakımından, tacirlere ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı; çünkü işçiler bakımından menfaat alanının ve şartların çok yönlü olduğu ve tipik olmadığı, rekabet yasağına yönelik kanuni hükmün özel bir düzenleme olduğu, kanun koyucu tarafından düzenlenmeyen kuralların yargı kararı ile değiştirilmesi veya kaldırılmasının hâkimin yetkisinde olmadığı gerekçelerini ileri sürmüştür. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 11.02.1960, 5 AZR 79/58, BB, 1960, Heft 11, s.446-447.

BAG, doktrindeki eleştirileri de dikkate alarak, işçilere rekabet yasağına ilişkin Ticaret Kanunu'ndaki hükümlerin uygulanmayacağına dair kanuni bir istisna olmadığı gibi, kanunun hazırlanması aşamasında da aksine bir görüş ileri sürülmediği gerekçeleriyle içtihadını değiştirmiştir. 1969 tarihli karardan itibaren BAG, HGB m.74'ü işçilere de uygulamaktadır. Bu yönde bkz. BAG, Urteil vom 16.05.1969, 3 AZR 137/68, BB, 1970, Heft 9, s.395-396. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Norbert Schwedes, **Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses: Ein Vergleich zwischen dem Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland**, Europäische Hochschulschriften Reihe 2, Frankfurt am Main, Verlag Peter Lang, 1990, s.31 vd.

¹⁵ İş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olacak rekabet yasağı sözleşmesi yapmak genellikle işverenin inisiyatifindedir. İşveren, bu sözleşmeyi yapmaya karar verdiğinde bir taraftan işçinin kendisi ile rekabet etmesini önleyecektir; diğer taraftan ise işçinin borcunu yerine getirmesi olasılığında sözleşmede kararlaştırılmış ise karşı edim ödemek durumunda kalacaktır. Buna karşılık işveren, rekabet yasağı sözleşmesi yapmama kararı alırsa, karşı edim ödeme yükümlülüğünden de kurtulacaktır. Bkz. Fischer, s.333.

¹⁶ Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.72; Taşkent, Kabakçı, s.22.

¹⁷ İş sözleşmesi sona erdikten sonra yürürlüğe giren rekabet yasağını, art etkiye sahip olan yükümlülükler içinde sayan bir görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Akçaal, **Sözleşme Sonrası Sorumluluk: Sözleşme Sonrası Yükümlülüklerin İhlalinden Doğan Sorumluluk**, Konya, Sayram Yayınları, 2018, s.198 vd. ve s.274-275.

ve sözleşme özgürlüğü ile m.17 uyarınca maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, işverenin rekabet yasağına ilişkin haklı menfaati ile dengeli olmalıdır¹⁸. Nitekim bu amaçla TBK m.444 ve 445’de, tarafların sözleşmede öngördükleri rekabet yasağına ilişkin olarak kanuni sınırlamalar öngörülmüştür.

Alman Hukuku’nda da rekabet yasağına ilişkin olarak Alman Anayasası’nda (GG m.12) yer alan çalışma özgürlüğü dikkate alınarak, kanunda birtakım sınırlamalar getirilmiştir¹⁹. Bu kapsamda işverenin rekabet yasağı kararlaştırılmasında haklı ekonomik menfaate sahip olması, işçinin ekonomik özgürlüğünü sınırlamayacak yer, konu ve süre sınırlaması getirilmesi (HGB m.74, a), kanunda belirlenen oranda karşı edim öngörülmesi (HGB m.74/2) ve yazılılık şekil şartı (HGB m.74) kanunda öngörülen sınırlandırmalardandır.

Rekabet yasağının ihlali için sözleşmede cezaî şart kararlaştırılması, rekabet yasağı borcunun yerine getirilmesine yönelik olarak işçi üzerinde baskı kurar. Rekabet yasağının ihlali halinde ortaya çıkan zararın ispatı oldukça güç olduğundan, genellikle işveren tarafından sözleşmeye cezaî şart konulması tercih edilmektedir. Rekabet yasağı haline ilişkin cezaî şart düzenlenmesi, öncelikle rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olması şartına bağlanmıştır. Fakat tek taraflı olarak hazırlanmış ve ileride çok sayıda sözleşmede kullanılması planlanan tip sözleşmede, rekabet yasağı ve cezaî şart kararlaştırılması halinde, genel işlem koşullarının geçerliliği için aranan şartların da dikkate alınması gerekecektir²⁰.

Almanya’da rekabet yasağının, genel işlem koşulları kapsamında değerlendirilmesi, LAG Hamm’ın 14.04.2013 tarihli bir kararı sonrası ele alınmaya başlamıştır. Nitekim bu kararda, rekabet yasağı sözleşmesinin de 2002’deki Reform

¹⁸ Süzek, s.362; Tuncay, **Sadakat**, s.1065-1066; Şahlanan, **Geçerlilik Koşulları**, s.138; Taşkent, Kabakçı, s.21-22.

Doktrinde, herhangi bir uyumsuzluk halinde rekabet yasağının işçinin Anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğüne bir sınırlama getirdiği dikkate alınarak, rekabet yasağına ilişkin sözleşme hükümleri ile kanuni sınırlamaların dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu görüş için bkz. Süzek, s.362; aynı yazar, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.457; Taşkent, Kabakçı, s.23; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.945.

¹⁹ HWK/C.W.Hergenröder, §12 GG, Rn.68; Buchner, s.109; Laskawy, s.1012.

²⁰ Jens Koch, “Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im einseitig vorformulierten Arbeitsvertrag”, **RdA**, 2006, Heft 1, s.28; Yıldız, s.40.

Kanun sonrası genel işlem koşulu denetimine dâhil olduğuna karar verilmiştir²¹. Alman Federal İş Mahkemesi de genel işlem koşulları içindeki cezaî şartın, içerik denetimine tâbi olduğu yönünde karar vermektedir²².

B. Rekabet Yasağının Uygulama Alanı

1. Rekabet Yasağının Kişi Bakımından Uygulama Alanı

İş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olan rekabet yasağı TBK m.444 ve devamı hükümleri arasında düzenlenmektedir. Bunun yanı sıra hukukumuzda, İşK m.2/1 uyarınca, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi işçi olarak kabul

²¹ Bu konuda bir karar için bkz. LAG Hamm, Urteil vom 14.04.2003, 7 Sa 1881/02, NZA-RR, 2003, Heft 10, s.513-516. Straube'ye göre, genel işlem koşullarına ilişkin hükümler ile rekabet yasağı hükümlerinin çatışması halinde, genel işlem koşuluna ilişkin hükümler, ancak rekabet yasağı hükümlerinde yer alan kurallardan farklı veya bu kuralları tamamlayan nitelikte bir sözleşme yapılması halinde dikkate alınabilecektir. Kanunun metnini sözleşmede tekrar eden hükümler, edimi açıklayan hükümler ile ücrete ilişkin kurallar ise denetimden serbest bir alan oluşturmaktadır (BGB m.307/3). Her ne kadar söz konusu sözleşme hükümleri, genel işlem koşulları içerik denetimine tâbi değilse de şeffaflık denetimi kapsamındadır. Bu görüş için bkz. Gunnar Straube, "AGB-Kontrolle von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten", BB, 2013, Heft 3, s.117. Aynı yönde bkz. Martin Diller, "Nachvertragliche Wettbewerbsverbote und AGB-Recht", NZA, 2005, Heft 5, s.251.

Doktrinde bir grup yazar, rekabet yasağına aykırılık hali için öngörülen cezaî şarta ilişkin düzenlemenin, genel işlem koşulu olarak cezaî şart kararlaştırılması yasağına karşı özel hüküm, yani lex specialis olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle beklenmedik ve birçok anlama gelen kloz yasağına ilişkin düzenleme, rekabet yasağı halinde de uygulama alanı bulacaktır (BGB m.305/c). Bu görüş için bkz. ErfK./Oetker, §75c, Rn.1; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.105; Stoffels, Rn.29. Beklenmeyen kloz olarak ise örneğin, cezaî şartın başka bir münasebetle veya başka bir hüküm içinde düzenlenmiş olması gösterilmektedir. Bu konuda bkz. ErfK./Oetker, §75c, Rn.1.

²² Bu yönde BAG'ın verdiği ilke kararı için bkz. BAG, Urteil vom 04.03.2004, 8 AZR 196/03, NZA, 2004, Heft 13, s.727-734. Normal şartlarda rekabet yasağının iş sözleşmesinde düzenlenmesi halinde, herhangi bir tereddüt yaşanmayacaktır. Fakat rekabet yasağının, iş sözleşmesinden bağımsız bir sözleşme olarak düzenlenmesi halinde, özellikle iş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olan rekabet yasağı için "iş sözleşmesi" niteliğinde kabul edilmesi gerektiğini söylemek güçlük arz etmektedir. Fakat doktrinde bir görüş, içerik denetimine ilişkin BGB m.310/4'deki "İş Hukuku'nda" ifadesinin salt "iş sözleşmesi" olarak anlaşılmaması gerektiğini; "her türlü iş hukukuna ilişkin sözleşme" olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmeleri de bu görüşe göre, genel işlem koşulu içerik denetimine tâbidir. Aksi halde iş sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesi ile iş sözleşmesinden ayrı düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesi arasında anlamsız bir farklılığın ortaya çıkması kaçınılmaz bir sonuç olarak görülmektedir. Bu yorum için bkz. Diller, NZA 2005, s.251. Dolayısıyla cezaî şartın geçerlilik şartları ile miktarı, genel işlem koşulu denetimine uygun olarak açıkça sözleşmede belirlenmiş olmalıdır. Örnek olarak BAG'ın, "her bir borç ihlali için bir ila üç ay arası ücret oranında", "işveren tarafından gerçekleştirilen ihlalin ağırlığına göre" ifadelerine sahip rekabet yasağı düzenlemelerini, şeffaflık kuralına aykırılık nedeniyle geçersiz kabul ettiği kararı gösterilebilir. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 18.08.2005, 8 AZR 65/05, NZA, 2006, Heft 1, s.34-37.

edilmektedir²³. Ayrıca İŞK m.8 uyarınca, iş sözleşmesi ile bağlı olarak iş görenler işçi sayılmaktadır. TBK m.444 vd. hükümlerinin, kanunun “*hizmet sözleşmesi*” bölümü altında yer alması ve “*işçi*” ifadesine yer verilmesi nedeniyle, işçi niteliğini haiz Deniz İŞK ve İŞK. kapsamındaki işçiler için de bu hükümler uygulama alanı bulacaktır. Serbest meslek sahipleri, kamu görevlileri ile işçi sıfatına sahip olmayan diğer çalışanlar bu hükümlerin kapsamı dışındadır. Dolayısıyla önemli olan taraflar arasında bir iş ilişkisinin kurulmuş olmasıdır²⁴.

İşçi sıfatına sahip olmayan çıraklar bakımından konunun ayrıca ele alınmasında yarar vardır. Çıraklar, esas itibarıyla 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu²⁵’na tâbidirler. İş Kanunu m.4, f’de de bu kanunun çıraklara uygulanmayacağına yer verilmiştir. Dolayısıyla 3308 sayılı Kanun kapsamına giren işyerlerinde çalışan çıraklar bakımından m.13/son uyarınca, Türk Borçlar Kanunu ile İş Kanunu hükümleri uygulanmayacaktır²⁶. Fakat bu Kanun, tüm çırakları kapsamına almamaktadır. Hal böyleyken, Mesleki Eğitim Kanunu kapsamına alınmayan işyerlerinde çalışan çıraklar için TBK m.393/son’da özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, iş sözleşmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla çıraklık sözleşmesine de uygulanır. Ayrıca özel kanun hükümleri de saklı tutulmuştur. Kanaatimizce bu düzenlemeden yola çıkılarak, TBK’nın iş sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında düzenlenen rekabet yasağı hükümlerinin, kıyasen çıraklara uygulanması gerektiği sonucuna varılmamalıdır; çünkü bu hükümler çıraklık sözleşmesinin niteliğine uygun düşmemektedir. Nitekim çıraklar “*işçi*” niteliğine sahip olmadıkları gibi, rekabet yasağına ilişkin hükümlerin Anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirdiğinden hareketle; tereddüt halinde dar yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir²⁷. Bununla birlikte çıraklığa ilişkin

²³ İşçi kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.137 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.83 vd.; Centel, s.53; Senyen Kaplan, **İş Hukuku**, s.49; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.31-32.

²⁴ Taşkent, Kabakcı, s.34.

²⁵ RG.T.19.06.1986, RG.S.19139.

²⁶ Bu husus Mesleki Eğitim Kanunu’nun 13. maddesi ile İŞK m.4/1, f’de açıkça düzenlenmiştir.

²⁷ Doktrinde de çıraklık sözleşmesinin, iş sözleşmesinden farklı olduğu, hatta kendine özgü bir sözleşme olduğu ifade edilmektedir. Zira iş sözleşmesinden doğan asıl borçlar iş görme ve ücret ödeme olup, çıraklık sözleşmesinde ise iş görme ve ücret esasen ikinci planda kalmaktadır. Nitekim çıraklık sözleşmesinin amacı, bir işletme sahibi tarafından, bir sanatı öğretmek ve mesleki gelişimine yardım

düzenlemelerin esasında bir mesleği ve sanatı öğrenmek amacıyla getirilmesinin yanı sıra, genellikle çırakların reşit olmaması da dikkate alınmalıdır²⁸. Aynı şekilde işçi sıfatına sahip olmayan stajyerler de rekabet yasağı hükümlerine tâbi olmamalıdır²⁹. İsviçre Hukuku'nda OR m.344'de çırağın mesleki faaliyetleri için serbestçe karar almasını önleyen sözleşme kayıtları geçersiz kabul edilmiştir. Benzer bir hüküm Alman Mesleki Eğitim Kanunu (BBiG) m.12/2'de de mevcuttur.

Alman Hukuku çerçevesinde HGB m.74 vd. hükümlerinin kişi olarak kapsam alanına bakılacak olursa, bu düzenleme temel olarak ticari işletmede çalışanlar dikkate alınarak getirilmiştir. Fakat bu hükümler, rekabet yasağı kararlaştırılan tüm iş ilişkileri için de uygulama alanı bulmaktadır. Bununla beraber söz konusu düzenleme serbest çalışanları kapsamına almamaktadır; çünkü bu kişiler işçi sıfatına sahip değildir. Dolayısıyla Alman Hukuku bakımından da rekabet yasağının kişi bakımından uygulama alanının belirlenmesinde en önemli ölçüt taraflar arasında bağımlılık unsurunu içeren bir iş ilişkisi bulunmasıdır³⁰.

2. Rekabet Yasağının Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Rekabet yasağının zaman bakımından uygulama alanının belirlenmesi, rekabet yasağı sözleşmesinin/kaydının ve bu kayıta yer alan cezaî şartın geçerliliği bakımından önemlidir. Rekabet yasağının kişi bakımından uygulama alanına ilişkin

etmektedir. Bu konuda bkz. Atabek, s.25-26; Saymen, **İş Hukuku**, s.420-422; Ekonomi, **İş Hukuku**, s.46; Esener, s.132; Süzek, s.144-145; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.89.

Çıraklar, işçi niteliğini haiz olmadıkları için, bu kişiler bakımından 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun da uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Fakat açık bir hüküm yoluyla, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamına alınmışlardır. Bkz. Süzek, s.146; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.90-91; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.27-28; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.34-35; Senyen Kaplan, **İş Hukuku**, s.52.

²⁸ Fatih Uşan, **Çıraklık Sözleşmesi**, Konya, Mimoza Yayınları, 1994, s.89; Eda Manav, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları", **TBB Dergisi**, S.87, 2010, s.332. Mülga BK döneminde aynı yönde bkz. Nüşin Ayiter, "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Feri Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi", **Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz hâtırasına Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1958, s.465-466; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.46-47

²⁹ Çırak ve stajyer kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekonomi, **İş Hukuku**, s.46; Süzek, s.140 vd.; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.88 vd.; Centel, s.44; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s.27-29; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.34-36; Senyen Kaplan, **İş Hukuku**, s.52; Uşan, **Çıraklık**, s.5 vd..

³⁰ ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.2-3; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.10; MüArbR/Wank, §107, Rn.6; Hamann, Rudnik, 341.

olarak yukarıda belirtildiği üzere, bir iş ilişkisinin varlığı şarttır. Dolayısıyla iş sözleşmesinin kurulmasından önce veya sona ermesinden sonra kararlaştırılan rekabet yasağının, TBK m.444 vd. hükümleri kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir³¹. Bu hallerde, doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, kanundaki düzenlemeler yoluyla korunması gereken bir bağımlılık ilişkisi mevcut değildir. Fakat taraflar, sözleşme serbestisi gereği yine rekabet yasağı kararlaştırabilecektir. Bununla birlikte taraf menfaatleri gereği bu halde, sadece genel hükümler (TBK m.27 vd.) bu anlaşmaya bir sınır oluşturacaktır³².

Alman Hukuku'nda ise HGB m.74'ün zaman olarak uygulama alanı bakımından ilk ifade edilmesi gereken husus, iş ilişkisi sona erdikten sonra geçerli olacak rekabet yasağı sözleşmesinin *-bir ön sözleşme olarak-* iş sözleşmesi imzalanırken, iş ilişkisi sürerken, iş sözleşmesi sona erdirilirken imzalanabilecek olmasıdır³³. Kısacası Türk Hukuku'nda olduğu gibi bu sözleşmenin, iş ilişkisinin başlangıcından, sona ermesine kadar yapılabileceği kabul edilmektedir³⁴. Bazı durumlarda, özellikle ön sözleşme yapılırken ya da iş ilişkisi sürerken, işçi işverene karşı daha zayıf konumda bulunduğu için, kanun tarafından korunmasına ihtiyaç duyulmaktadır³⁵.

İş ilişkisi kurulurken ya da sürerken kararlaştırılan rekabet yasağından farklı olarak, iş ilişkisi sona erdikten sonra yapılan rekabet yasağı sözleşmesi, genellikle

³¹ Taşkent, Kabakcı, s.34.

³² Taşkent, Kabakcı, s.34.

³³ Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.11; Hamann, Rudnik, s.341; Hakan Keser, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.24, Aralık 2011, s.91.

³⁴ Buchner, s.109; Keser, **Rekabet Yasağı**, s.91.

³⁵ BAG, bir kararında ön sözleşmenin geçerlilik şartlarını ayrıntılı olarak tespit etmiştir. Bu karara göre özetle; ön sözleşme, asıl sözleşmenin kurulmasına hukuki veya fiili bir engel bulunmasına rağmen, tarafların gelecekte amaçlarına uygun asıl sözleşmenin imzalanması için önceden anlaşmalarına yönelik borç doğurucu bir sözleşmedir. Taraflardan birinin gelecekte talep etmesi halinde, asıl sözleşmenin kurulacağına ön sözleşmede yer verilmesi yeterli kabul edilmektedir. Rekabet yasağı bakımından ön sözleşme yapılması, sözleşme özgürlüğü uyarınca mümkündür. Lakin bu sözleşmenin geçerli olması için, örneğin işçi veya işveren tarafından feshin açıklanması ya da iş sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik anlaşma yapılmasına kadar, rekabet yasağı sözleşmesinin imzalanabileceği şeklinde zaman bakımından bir sınırlama öngörülmesi gerekmektedir. Bu şartı taşımayan ön sözleşme bağlayıcı olmayacağından işçi, ön sözleşmede yer alan şartlara göre rekabet yasağına uyma veya karşı edim hakkından vazgeçmek suretiyle rekabet yasağına uymama arasında seçim hakkını kullanabilecektir. Ön sözleşme de HGB m.74'de yer alan şekil şartına tâbidir. Bu şarta uyulmazsa, sözleşme geçersizdir. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 14.07.2010, 10 AZR 291/09, NZA, 2011, Heft 7, s.413-417.

rekabet yasağına ilişkin hükümlerin kapsamında değerlendirilmemektedir. Zira bu durumda işçinin, iş ilişkisi başlamadan önce veya iş ilişkisi sürerken mevcut durumdan farklı olarak, kanunun koruması altında olmasına ihtiyacı bulunmadığı ifade edilmektedir³⁶. Bu halde ortada sadece tarafların sözleşme özgürlüğü gereği yaptıkları bir rekabet yasağı sözleşmesi mevcuttur. Fakat bu anlaşma yapılırken hukuken geçerli bir iş ilişkisi artık mevcut değildir. Bu nedenle rekabet yasağı sözleşmesi bu hal bakımından kanunun genel hükümlerinde yer alan sınırlamalara tâbidir³⁷.

İş ilişkisi kurulurken rekabet yasağı sözleşmesi yapılmış; ancak işçi iş görmeye başlamadan önce iş sözleşmesi feshedilmişse, rekabet yasağının yorum yoluyla ancak işçi iş görmeye başladığında geçerli olacağı kabul edilmelidir³⁸. Bununla beraber deneme süresi devam ederken iş ilişkisi sona ererse, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa ve diğer şartlar da mevcutsa rekabet yasağının geçerli olacağı ifade edilmektedir. Zira deneme süresi içinde de işverenin rekabet yasağının uygulanmasına yönelik haklı menfaati ortaya çıkabilecektir. Fakat tarafların, rekabet yasağı sözleşmesinin deneme süresi dolduktan sonra, iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde uygulanacağını kararlaştırmaları da mümkündür³⁹. Alman Hukuku'nda savunulan bu görüş, kanaatimizce Türk Hukuku bakımından da savunulabilir. Zira deneme süresi içinde de işçi ile işveren arasında iş ilişkisi kurulmuştur; farklı olarak sadece fesih hakkı kolaylaştırılmıştır⁴⁰. Bu süreçte de işçi, işveren ile rekabet edecek nitelikte bilgilere sahip olabilir.

Yine iş ilişkisi sona erdirilirken rekabet yasağı kararlaştırıldığı hallerde, örneğin tarafların iş sözleşmesinin sona ermesi için ikale görüşmeleri yapmaları

³⁶ ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.9; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.11; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.43; Buchner, s.109.

³⁷ Hamann, Rudnik, s.342; Keser, **Rekabet Yasağı**, s.91.

³⁸ ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.7; MüArbR/Wank, §107, Rn.7; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.42; Buchner, s.117-118.

³⁹ ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.2; MüArbR/Wank, §107, Rn.7; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.4; Buchner, s.117. Ayrıca bu konuda bir yargı kararı için bkz. BAG, Urteil vom 28.06.2006, 10 AZR 407/05, NJW, 2006, Heft 50, s.3659-3661 ve bu kararın incelenmesi için bkz. Anna Caroline Gravenhorst, "Die Zusage der Karenzentschädigung nach §74 II HGB: die Besprechung von BAG, Urt. v.28.06.2006", **NJW**, 2006, Heft 50, s.3609.

⁴⁰ Ekonomi, **İş Hukuku**, s.86; Süzek, s.263; Polat Soyer, "Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri", **Çalışma ve Toplum**, S.16, 2008/1, s.31.

sırasında, rekabet yasağına ilişkin hükümlerin uygulanabilirliği tartışmalıdır⁴¹. Bu konuda Alman Federal İş Mahkemesi ile doktrinde hâkim görüş, iş sözleşmesinin sona ermesi için yapılan görüşmeler sırasında iş ilişkisi halen varlık sürdürdüğü için, rekabet yasağına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönündedir. Zira bu süreçte işçinin, halen kanunun özel hükümleri yoluyla koruma altında bulunmaya ihtiyacı vardır⁴². Türk Hukuku bakımından da kanaatimizce iş ilişkisinin devam ettiği her aşamada yapılan rekabet yasağı sözleşmesinin, kanunda aranan şartları taşıması halinde geçerli olacağı kabul edilmelidir. Bu kurala, ikale görüşmeleri de dâhildir.

Rekabet yasağının zaman bakımından uygulanması konusunda ele alınması gereken son hal ise bildirimli fesih halinde, bildirim süresi devam ederken rekabet yasağı kararlaştırılmasının geçerliliği sorunudur. Doktrinde bir görüşe göre, bildirim süresi içinde iş ilişkisi halen geçerli olarak varlığını sürdürdüğü için, kararlaştırılan rekabet yasağı da kanunun rekabet yasağına ilişkin hükümlerine tâbi olacaktır⁴³. Fakat bu görüşün, sadece iş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli nedene dayalı olarak feshedilmesi veya işçi tarafından bildirimli feshedilmesi halinde geçerli olacağına dikkat çekilmektedir. Zira TBK m.447’de sözleşmenin haklı neden olmaksızın işverence feshinde ya da işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshinde rekabet yasağının sona ereceği düzenlenmektedir⁴⁴. Dolayısıyla bu nedenlere dayanan fesihlerde, bildirim süresi içinde rekabet yasağı kararlaştırılması da mümkün görülmemektedir⁴⁵. Bununla birlikte kanaatimiz, bildirim süresi içinde yapılan rekabet yasağı anlaşmasının geçerli olarak kabul edilmesi gerektiği⁴⁶ yönündedir. Fakat TBK

⁴¹ Buchner, s.109; Hamann, Rudnik, s.342.

⁴² BAG, Urteil vom 03.05.1994, 9 AZR 606/92, NZA, 1995, Heft 2, s.72-73. Ayrıca bkz. ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.9; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.11; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.44.

⁴³ Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.19; Taşkent, Kabakcı, s.34.

⁴⁴ Mülga Kanun döneminde Yargıtay, işverenin işçinin yasal haklarını ödeyerek iş sözleşmesini feshetmesi halinde rekabet yasağının ihlali nedeniyle tazminat talep edilemeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay şu ifadelere kararında yer vermiştir: “...davacı işverenin rekabet yasağına aykırılık sebebiyle dava açabilmesi için işçinin kusuru ile haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmiş olması gerekir. Somut olayda davacı işveren, davalı işçinin iş sözleşmesinin feshinde işçinin kusuruna dayanmamıştır. Davalının iş sözleşmesinin işçinin yasal hakları ödenmek suretiyle feshedildiği, işverenin de kabulündedir. Böyle olunca, Borçlar Kanunun 352. maddesi hükmü davacı işverenin rekabet yasağı sözleşmesi sebebiyle tazminat isteğinin reddine karar verilmesi gerekir...”. Bkz. Y.9.HD., T.03.04.2007, E.2007/913, K.2007/9258, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 01.03.2019.

⁴⁵ Taşkent, Kabakcı, s.34-35.

⁴⁶ Alman Hukuku’nda da bildirim süresi içinde kararlaştırılan rekabet yasağının geçerli olarak yürürlük kazanacağı kabul edilmektedir. Fakat hukukumuzdan farklı olarak HGB m.75 uyarınca, işçiden

m.447'deki sebeplere dayanılarak fesih gerçekleştirilmişse, bildirim süresine uyulması gereken hallere özgü olarak, bu süre sonunda yasağın sona ereceği belirtilmelidir. Nitekim bildirim süresi içinde de iş ilişkisi varlığını halen sürdürdüğünden, iş ilişkisi içinde kararlaştırılan rekabet yasağı anlaşması için uygulanan hükümlerden ayrılarak yorum yapılmasına ihtiyaç yoktur.

Özetlersek; rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin kanuni hükümlerin uygulanma zamanı bakımından esas alınması gereken temel nokta, iş ilişkisinin varlığıdır. İş ilişkisi henüz sona ermeden önce, örneğin burada ele alınan ikale görüşmeleri sırasında, fesih bildirim süresi ya da deneme süresi içinde kararlaştırılan rekabet yasağı ve cezaî şart, TBK m.444 vd. hükümlerine tâbi olacaktır. Bununla birlikte iş ilişkisi kurulmadan önce veya sona erdikten sonra yapılan sözleşme, artık sadece genel hükümlerin koruma alanı içerisinde kabul edilmelidir. TBK m.444 ve devamı maddelerinin “*hizmet sözleşmesi*”ne ilişkin hükümler içerisinde yer alması ve hükmün lafzı ile amacı da bu sonucu doğurmaktadır.

3. Rekabet Yasağının İşçinin Faaliyetleri Bakımından Uygulama Alanı

Türk Borçlar Kanunu m.444 uyarınca rekabet yasağı, işçinin herhangi bir biçimde işvereni ile rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında rakip bir işletme ile başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınması amacıyla kararlaştırılabilecektir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, işçinin işvereni ile “*herhangi bir biçimde*” rekabet etmesine yönelik olarak birbirinden bağımsız üç durum düzenlenmiştir. Rekabet yasağı sözleşmesinin tarafları, sözleşmede bu üç durumun her birine veya bir kısmına yer verebilecektir⁴⁷. Zira bu üç hal, esasen uygulamada

kaynaklanmayan nedenlerle işverenin fesih hakkını kullanması halinde işçi, fesih bildiriminin tebliğinden itibaren 1 ay içinde rekabet yasağı sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bauer, Diller, Rn. 226.

⁴⁷ Bohny, s.77; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.84; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.29; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.950; Taşkent, Kabakcı, s.24; Yıldız, s.46. Rakip işletmede çalışmanın rekabet yasağı teşkil edeceği yönünde bir karar için bkz.Y.9.HD., T.08.03.2012, E.2009/42645, K.2012/7697, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 01.03.2019.

karşılaşılabilecek en önemli örneklerdir ve bu örnekler, kümülatif şekilde sayılmamıştır. Bu örneklerden anlaşılacağı üzere, işçi ile yapılacak rekabet yasağı sözleşmesinde işletmenin her türlü faaliyetini kapsayacak boyutta yasak getirilemez. Sadece işçinin öğrendiği bilgileri kullanabileceği faaliyetler ile sınırlı düzenleme getirilebilir⁴⁸.

İşçinin, sözleşme içeriğinden hangi faaliyetlerden yasaklandığını anlayabilmesi gerekir. Fakat işçinin hangi faaliyetlerden yasaklandığı sözleşmede belirtilmemişse, somut olayın özelliklerine göre tarafların yasağa kazandırmak istedikleri içeriğin tespitine yönelik yoruma ihtiyaç duyulacaktır⁴⁹. Fakat rekabet yasağı tip sözleşmede düzenlenmişse, yasağın sınırlarının işçi tarafından açıkça anlaşılması gereklidir. Aksi halde bu kayıt, TBK m.23 uyarınca düzenleyenin (*çoğunlukla işveren*) aleyhine yorumlanmalıdır.

TBK m.444’de sayılı faaliyetler içinde yer alan “*kendi hesabına rakip bir işletme açmak*” fiili, sadece ticari işletme açmak olarak anlaşılmalıdır. Bu fiil, işçinin bağımsız bir faaliyet yürütmesini de kapsamaktadır⁵⁰. Rakip işletme, aynı müşterilere, aynı mal veya hizmetleri sunan kuruluş olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık aynı hammaddeyi farklı mal üretmek için kullanan işletmeler birbirine rakip sayılmamaktadır⁵¹. Kendi hesabına rakip işletme açmak ile kast edilen sadece işçinin kendi adına işletme açması da değildir. Kanuna karşı hile yoluyla, yakınları adına rakip işletme açması da bu kapsamda kabul edilmelidir⁵². Böyle bir halin varlığını, işveren ispat etmelidir⁵³.

⁴⁸ Taşkent, Kabakcı, s.24.

⁴⁹ Buchner, s.66; Bohny, s.77; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.29-30. Bir görüşe göre rekabet yasağının hangi faaliyetleri yasakladığına sözleşmede yer verilmemişse, TBK m.444’deki durumları kapsadığı kabul edilmelidir. Bu görüş için bkz. Keser, **Rekabet Yasağı**, s.97. Yazarın görüşü çok açık olmasa da bu kabul, TBK m.444’deki tüm durumların yasak kapsamında olduğu sonucu çıkartılmasına elverişli olup, işçinin ekonomik geleceğinin belki de tarafların öngördüğünden bile daha fazla sınırlandırılmasına yol açacağından kanaatimizce isabetsizdir. Hal böyleyken, uyumsuzluk halinde, dar yorum yapılmalıdır.

⁵⁰ Ayrıca rakip konumunda olacak ticari işletmenin, işçinin mülkiyetinde olması da gerekmemektedir. İşçinin, işletmeyi örneğin hasılat kiracısı olarak işletmesi de mümkündür. Bkz. Ertaş, s.67.

⁵¹ Manav, **Rekabet**, s.324.

⁵² Bohny, s.78; Tunçomağ, **C.I.**, s.523-524; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.31; Ertaş, s.67-68; Yıldız, s.46; Keser, **Rekabet Yasağı**, s.97.

⁵³ Bohny, s.31. Yargıtay bir kararında, işverenin ispat yükü konusunda “...Dava konusu uyumsuzluk ise, iş akdinin feshinden önce davacının eşinin kurduğu şirket sebebiyle meydana gelen olaylara

İşçinin “rakip bir işletmede çalışması”, iş sözleşmesine tâbi olarak çalışmak kadar, rakip işletmeye yarar sağlayacak şekilde ücretli veya ücretsiz danışmanlık, müşavirlik yapmayı da içerecek genişlikte bir kavramdır. Örneğin hatır için zaman zaman rakip işletmeye yapılan yardımların dahi bu kapsamda kabul edilmesi mümkündür⁵⁴. Fakat bu husus, sadece işçinin yardım karşılığı ekonomik menfaat elde edip etmediği yönünden değerlendirilmemelidir. Yardımın süresi ve rakip işletme üzerinde yarattığı etki de önemlidir⁵⁵.

Kendi hesabına rakip işletme açmak ile başka bir rakip işletmede çalışmak şeklinde kanunda ifade bulan durumların uygulamada tespiti kolaydır. İşçi, bu iki durumda rakip bir işletmede çalışmaktan veya eski işverenin faaliyet gösterdiği işkolunda kendi adına işletme kurmaktan yasaklanmaktadır. Fakat örneğin, sözleşmede sadece rakip işletmede çalışma yasağı getirilmişse, uyuşmazlık halinde kapsam genişletilerek işçinin bağımsız faaliyette bulunmasına engel olunmamalıdır⁵⁶.

TBK m.444’de rekabet yasağına konu olabilecek faaliyet bakımından üçüncü bir hal olarak “rakip işletme ile başka türden bir menfaat ilişkisine girmek” sayılmaktadır. Bu durum, diğer iki duruma göre hem oldukça geniş bir içeriğe sahip hem de uyuşmazlık halinde tespiti oldukça zor olabilecek niteliktedir. Nitekim rakip işletme ile başka türden bir menfaat ilişkisine girmek, bir işletmede ortak sıfatı kazanılması ya da iş ilişkisinin dahi kurulmadığı bir menfaat ilişkisine girmeyi de içermektedir. Dolayısıyla somut olayın özelliklerine göre dar yorum yapılmalı ve böylece işçinin, Anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğünün aşırı sınırlandırılmasına

dayanmaktadır. Ayrıca, davacı, davalının iş akdinin feshinden sonra, adı geçen sözleşme maddesini ihlal ettiğini ispatlayamamıştır. Bu nedenle, mahkemece cezaî şart talebinin reddi yerine yanlışlı değerlendirilmeyle kabulüne karar verilmesi hatalıdır...” ifadesine yer vermiştir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.26.06.2013, E.2011/20759, K.2013/19695, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 01.03.2019.

⁵⁴ Bohny, s.82; Laskawy, s.1014. Rekabet yasağı kapsamında, danışmanlık hizmeti verilmeyeceğinin düzenlenebileceği yönünde mülga Kanun döneminde bir kararda, “...davacı işverenle rekabet yasağı kapsamında kuruluşlarda çalışamayacağı ve danışmanlık hizmeti veremeyeceği kabul edildiğinden, BK. 349. maddesine aykırı bulunmaktadır. Bu nedenle hizmet sözleşmesinin 5. maddesinde yer alan rekabet yasağını güçlendiren geçerli olan cezaî şartın BK. 161/Son maddesi göz önüne alınarak hüküm altına alınması gerekirken...” ifadesine yer verilmiştir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.28.02.2007, E.2006/20038, K.2007/5493, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 01.03.2019.

⁵⁵ Bohny, s.82; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.32.

⁵⁶ Laskawy, s.1014.

neden olacak bir yasaktan kaçınılmalıdır⁵⁷. Doktrinde bu konuda verilen örneğe göre, rakip işletmede, eski işverenin yanında çalışırken edindiği bilgileri kullanma imkânına sahip olacak şekilde yönetim yetkisini haiz bir konumda çalışan işçi için bu yasa geçerli olacaktır⁵⁸. Buna karşılık işçinin sadece halka açık bir anonim şirketin hisselerini satın alması rekabet yasağının ihlal edildiği anlamına gelmemelidir. Bu noktada önemli olan işçinin giriştiği menfaat ilişkisi sonucunda, rakip işletmenin işçinin eski işverene karşı rekabet gücünü artırıp artırmadığı olmalıdır⁵⁹. İşçi, rakip işletmede herhangi bir etki yaratacak faaliyette bulunmadığını ispat ederek, yasağı ihlal etmekten kurtulabilecektir⁶⁰.

Alman Hukuku'nda işletmenin faaliyet alanının belirlenmesi dışında, işkolul işletme bazında da (*unternehmensbezogene Konkurrenzklauseln*) yasa düzenlenebileceği kabul edilmektedir. Bu halde ise rekabet yasağı sözleşmesinde belirtilen somut bir işkolunda yer alan işletmelerde faaliyet göstermek yasaklanmaktadır⁶¹. Kanaatimizce böyle bir yasa hukukumuz bakımından da eğer işçinin ekonomik geleceği ölçüsüz bir şekilde sınırlanmıyorsa, mümkün görülebilir. Zira böylelikle işçi, o işkolunda sayılı olmayan işletmelerde veya o işkolu dışında herhangi bir işletmede faaliyetini sürdürebilecek çalışma olanağına sahip olacaktır. Bununla beraber bir işletmeye bağımlı veya bağımsız olarak belirli bir ürünün üretilmesi ile sınırlı bir yasa getirilebilir mi düşüncesi de tartışmalıdır. Bu durumda rekabet yasağı sözleşmesinin lafzı dışında, fiili durum dikkate alınarak yine işçinin ekonomik geleceği ile işverenin menfaatlerini gözetecek bir çözüme ulaşılmalıdır⁶².

Tüm bunların yanı sıra uygulamada, ticaret siciline kayıt sırasında işletmeler geniş bir faaliyet alanı ve/veya ürün yelpazesi belirleyebilmektedirler⁶³. Bu durumda işçinin rakip işletme ile bir menfaat ilişkisine girip girmediğinin tespitinde fiili duruma

⁵⁷ Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.949.

⁵⁸ Bohny, s.80; René Kuhn, **Das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertragsrecht**, Muri, Cosmos, 1981, s.61; Tunçomağ, **C.I.**, s.524; Yıldız, s.46.

⁵⁹ Bauer, Diller, s.77; Tunçomağ, **C.I.**, s.524; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.84; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.34-35; Taşkent, Kabakçı, s.24; Yıldız, s.47.

⁶⁰ Bohny, s.82; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.35.

⁶¹ ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.10; Barbara Reinhard, "Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeitsrecht", **ArbRB**, 2007, Heft 10, s.297; Buchner, s.133.

⁶² Laskawsky, s.1014.

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Laskawy, s.1014.

bakılarak, iki işletmenin gerçekten birbirine rakip olup olmadıkları araştırılmalıdır. Bu tespit, iki işletmenin faaliyet alanları, ürün yelpazesi, müşteri çevresi gibi birçok unsurun kesişip kesişmediği incelenmelidir. Dolayısıyla sadece ticaret siciline işletmenin faaliyet alanı içinde sayılmış olup, esasen işletme tarafından bu konuda hiçbir faaliyet gösterilmiyorsa işçi ile bu alanda yapılacak rekabet yasağı sözleşmesi de geçersiz olacaktır⁶⁴. Alman Federal İş Mahkemesi, bu konuda bir ölçüt getirmiştir. Mahkeme, böyle bir durumda işçinin eski çalıştığı işletme ile yeni çalıştığı işletmenin ürün yelpazesinin yüzde onunun kesişmesini, yeni işletmenin rakip işletme sayılması bakımından yeterli bulmaktadır⁶⁵. Kanaatimizce böyle bir mutlak ölçüt belirlemek yerine, somut olaydaki fiili duruma bağlı olarak sonuca ulaşılması daha isabetli olur. Nitekim bazen tek bir ürünün üretiminin kesişmesi, ekonomik değeri ve piyasadaki talebi gözetilerek, kalan tüm diğer ürünlere göre rekabet yasağına daha fazla aykırılık yaratabilir.

C. Rekabet Yasağının Geçerlilik Şartları

TBK m.444 ve devamı maddelerinde, işçinin Anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğünün korunması ile işverenin ekonomik çıkarları arasında denge kurulması amacıyla, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği bazı şartların yerine getirilmesine bağlanmıştır. Belirtilmelidir ki sözleşmenin geçerliliği için gerekli bu şartlar, emredici niteliğe sahip olduğundan, somut olayda mevcut olmaması sözleşmenin/klozun geçersiz olmasına yol açacaktır⁶⁶.

1. Fiil Ehliyetine Sahip Olma

TBK m.444'de rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilmesi için işçinin fiil ehliyetine sahip olması gerektiği düzenlenmiştir. Buna karşılık BK m.348'de sadece

⁶⁴ Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.82; Taşkent, Kabakçı, s.23-24; Yıldız, s.47.

Yargıtay da bir kararında bu duruma dikkat çekmiştir: "...Özellikle şirketlerin ticaret siciline kayıt sırasında faaliyet alanlarının geniş tutulduğu ülkemizde, işçinin bütün alanlarda çalışmasının sınırlandırılması mümkün olmaz. İşçinin işverene ait işyerinde yapmakta olduğu işle doğrudan ilgili ve işverenin asıl faaliyet alanına giren işler bakımından böyle bir sınırlama getirilmelidir...". Bu karar için bkz. Y.7.HD., T.08.04.2013, E.2013/2542, K.2013/5823, Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk Eki, Nisan 2015, s.1-4.

⁶⁵ Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 13.12.1968 - 3 AZR 434/67, AP, GewO §133, N.21.

⁶⁶ Bohny, s.84; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.39; Manav, **Rekabet**, s.326.

işçinin sözleşme yapıldığı zaman ergin olması gerektiği yer almaktaydı. Rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi için aranan fiil ehliyeti bakımından, Türk Medeni Kanunu'nun ehliyeteye ilişkin genel kuralları uygulama alanı bulacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nda böyle bir düzenlemenin getirilmesindeki amaç, işçinin fiil ehliyetine sahip olmaması halinde, imzaladığı sözleşmenin ortaya çıkaracağı sonuçları kavrama yeteneğinin de bulunmayabileceği olasılığıdır⁶⁷.

Kanunda sadece işçiden bahsedilse de işveren bakımından da Türk Medeni Kanunu'ndaki ehliyeteye ilişkin genel kurallar uygulanır. İşveren gerçek kişi ise tam ehliyeteye sahip olarak rekabet yasağı sözleşmesini bizzat veya temsilcisi aracılığı ile imzalayabilecektir. Sınırlı ehliyetsiz ise kanuni temsilcisinin izni/onayı ile bizzat veya kanuni temsilcisi aracılığı ile bu sözleşmeyi kurabilecektir. Tam ehliyetsiz ise bu sözleşmeyi sadece kanuni temsilcisi yapabilecektir. İşveren tüzel kişi ise sözleşmeyi yetkili organı aracılığı ile kurabilecektir⁶⁸.

Rekabet yasağı kararlaştırılması için işçinin, fiil ehliyeti bulunması şartı TBK m.444'de açıkça yer almasaydı bile, sözleşmenin kurulması için gerekli genel şartlar dikkate alınarak aynı sonuca varılabilecekti. Fakat kanun koyucu, muhtemelen bu sözleşmenin imzalanması ile işçinin Anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğünün kısıtlaması sonucu doğacağını gözeterek, fiil ehliyeti şartını açıkça zikretme ihtiyacı duymuştur. Ayrıca BK m.348'de sadece ergin olma şartı yer aldığı halde, kanun koyucu TBK'yı hazırlarken mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1971'de yaptığı değişiklikle getirilen 340. maddedeki tam ehliyetli olma ifadesini de (*handlungsfähig*) dikkate alarak, sadece ergin olmanın değil ayırt etme gücüne sahip olmanın ve kısıtlı olmamanın da şart olduğuna dikkat çekmek istemiştir.

⁶⁷ Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.44; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.945; Taşkent, Kabakcı, s.35.

⁶⁸ Manav, **Rekabet**, s.329. Bir sözleşmeye taraf olabilmek için, tarafların fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Türk Medeni Kanunu m.14 uyarınca "*Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur.*". Dolayısıyla fiil ehliyetine sahip olabilmek için tarafların ayırt etme gücüne sahip (TMK m.13), ergin olmaları (TMK m.11) ve kısıtlı olmamaları (TMK m.10) gerekir. Tam ehliyetli olan gerçek kişi sözleşmeyi bizzat veya temsilcisi aracılığı ile yapabilecektir. Gerçek ve tüzel kişilerde fiil ehliyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 17. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s.49 vd.; s.285 vd.; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku**, C.2, 19. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s.47 vd., s.259 vd..

Rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilmesi için işçinin, sözleşmenin imzalandığı tarihte fiil ehliyetinin bulunması gerekmektedir. Fiil ehliyeti olmaksızın bu sözleşmenin imzalanması ve sözleşme sürerken fiil ehliyetinin kazanılması, geçersiz bir sözleşmeye sonradan geçerlilik kazandıramayacaktır⁶⁹. Nitekim TMK m.15 uyarınca, taraflardan biri ya da her ikisi de fiil ehliyetine sahip olmadan sözleşme yaparlarsa sözleşme kesin hükümsüz olur; yani herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. Dolayısıyla tarafların, bu durumda yeni bir sözleşme imzalamaları gerekecektir⁷⁰.

Sözleşme taraflarından birinin sınırlı ehliyetsiz, yani ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı kişi olması halinde, sözleşmenin geçerli olması TMK m.16 uyarınca kanuni temsilcinin izninin/onayının bulunmasına bağlıdır. Bu izin bulunmaksızın imzalanan sözleşmeler, sınırlı ehliyetsiz olan tarafı bağlamayacaktır. Kanuni temsilcinin sonradan vereceği onay ise sözleşmeyi başından itibaren geçerli kılacaktır⁷¹. Fakat TBK m.444’de rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartı olarak açıkça “*fiil ehliyeti*”nin belirtilmesi dolayısıyla bu sözleşmeyi, sınırlı ehliyetsizlerin kanuni temsilcilerinin rızası ile dahi yapamayacakları kabul edilmelidir. Zira hükmün amacı ve uygulama alanı da dikkate alındığında, kanun maddesinde kast edilen işçinin tam ehliyetli olmasıdır⁷².

⁶⁹ Oser, Schönenberger, Art 340, Rn.15; Buchner, s.61; Grunsky, s.53; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.44-45; A. Can Tuncay, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları (Bir Yargıtay Kararı Üzerine)”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, C.I, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.483; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.74; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.303; Taşkent, Kabakcı, s.35.

⁷⁰ Eren, s.243; Nomer, Rn.47; Taşkent, Kabakcı, s.35.

⁷¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s.91 vd.; Dural, Ögüz, s.65 vd..

⁷² Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.945. 1971 öncesi İsviçre Borçlar Kanunu ile 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde sadece ergin olma şartı zikredilmesine rağmen aynı yönde bkz. Grunsky, s.53; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.45; Bilge, s.239; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.74.

Doktrinde kanunda herhangi bir sınırlama bulunmamasından yola çıkılarak, evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınma bakımından, tam ehliyetli olmak için aranan diğer şartların da var olması halinde, işçinin geçerli şekilde rekabet yasağı sözleşmesi yapabileceği isabetli olarak belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Oser, Schönenberger, Art 340, Rn.15; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.45; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.945; Manav, **Rekabet**, s.330. Kendisine yasal danışman atanan sınırlı ehliyetliler, TMK m.429’da sayılı işlemleri yasal danışmanın izin veya onayı ile yapabilecektir. Fakat TMK m.429’da sayılı işlemler arasında rekabet yasağı bakımından yasal danışmanın rıza veya onayının bulunması gerektiği düzenlenmemiştir. Sınırlı ehliyetliler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s.107 vd.; Dural, Ögüz, s.84 vd..

2. Sözleşme Taraflarının Anlaşması

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçi ile işveren arasında imzalanan ve iş sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ifade etmek üzere, işçinin mesleki faaliyetlerini sınırlandıran bir sözleşmedir⁷³. Rekabet yasağı sözleşmesi, Türk Hukuku'nda kural olarak sadece işçi tarafına bir yapmama borcu yüklemektedir. Fakat tarafların, işverenin de işçiye karşı edim yükümlülüğü altına girmesini kararlaştırmaları mümkündür. Buna karşılık Alman Hukuku'nda rekabet yasağı sözleşmesi karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak düzenlenmiştir. Buna göre işçi bakımından bu borç, işvereni ile rekabet etmeme şeklinde bir yapmama borcu olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla beraber işveren bakımından, işçinin rekabet etmemesi karşılığında “*Karenzentschädigung*” olarak adlandırılan, Türkçe tam karşılığı rekabet yasağına uyma ödemesi olan, fakat hukukumuzda karşı edim olarak anılan yükümlülük düzenlenmektedir (*HGB m.74*). Alman Hukuku'nda rekabet yasağı borcunun tek taraflı olarak işçiye yüklenmesi geçerli kabul edilmemiştir⁷⁴.

Rekabet yasağı sözleşmesi, hukuken iş sözleşmesinden bağımsız bir sözleşmedir. Fakat uygulamada çoğunlukla ayrı bir sözleşme olarak imzalanmayıp, iş sözleşmesinde bir kloz olarak yer verilmektedir. Zira işçi, iş ilişkisi kurulurken kendisine sunulan şartları kabul etmeye daha yatkın olmaktadır⁷⁵. Bu kaydın, belirli ya da belirsiz süreli sözleşmeye veya tam ya da kısmi süreli sözleşmeye konulması mümkündür⁷⁶. Bu kayıt, genellikle işveren tarafından önceden hazırlanan tip sözleşmelerde yer aldığından, TBK m.20 ve devamı (*BGB m.305 vd.*) hükümlerinde düzenlenen genel işlem koşulları denetimi kurallarına tâbi olmaktadır⁷⁷. Örneğin rekabet yasağı kaydı, iş sözleşmesinin dikkat çekmeyen bir maddesi içine gizlenmişse,

⁷³ MüArbR/Wank, §107, Rn.12; Hamann, Rudnik, s.343; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.37; Ayiter, s.465.

⁷⁴ MüArbR/Wank, §107, Rn.12; Hamann, Rudnik, s.343; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.37; Helge Löwe, **Der Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beim nachvertraglichen Wettbewerbsverbot**, Europäische Hochschulschriften Reihe 2, Frankfurt am Main, Verlag Peter Lang, 1987, s.57, 59.

⁷⁵ Hamann, Rudnik, s.343.

⁷⁶ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.300; Manav, **Rekabet**, s.327.

⁷⁷ Hamann, Rudnik, s.343. Yine “*rekabet yasağı, iş sözleşmesi süresince ve iş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olacaktır*” şeklinde formüle edilen bir kloz da iş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerlilik şartı olan karşı edim belirsiz olduğundan, BGB m.305/c'ye aykırılık oluşturacaktır. Bkz. Straube, s.118.

beklenmeyen bir kloz olarak geçersiz kabul edilebilecektir⁷⁸. Yine rekabet yasağı klozunun, açık ve anlaşılır olmaması, birden fazla anlama geliyor olması halinde TBK m.23 uyarınca, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacaktır⁷⁹.

İş sözleşmesi devam ederken sözleşmeye rekabet yasağı kaydı eklenmesi, daha önce de belirtildiği üzere⁸⁰ esasen İşK m.22 gereğince çalışma koşullarında değişiklik oluşturmaktadır. Dolayısıyla iş sözleşmesinde böyle bir kayda yer verilirken, İşK m.22’de yer alan usule uyulmalıdır⁸¹.

3. Yazılı Şekil Şartına Uyulması

TBK m.444’de, rekabet yasağının yazılı şekilde kararlaştırılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı, işçinin yasakla ilgili hükümlerin kapsamı ve önemi hakkında bilgi sahibi olmasının sağlanması yoluyla, işçinin korunmasıdır.

⁷⁸ MüArbR/Wank, §107, Rn.10; Diller, NZA, 2005, s.251; Straube, s.118; Hamann, Rudnik, s.343. Diller’e göre, sözleşmeden doğan asıl edimler *-rekabet yasağı için konu, yer, süre sınırı ile karşı edim miktarı-* kanundaki kuralları tamamlayan ya da değiştiren nitelikte olmadığından, BGB m.307/3 uyarınca içerik denetimine tâbi olmadıkları kabul edilse de BGB m.138 gereği ahlaka aykırılık bakımından denetlenebilecektir. Ahlaka aykırı rekabet yasağı klozu olarak işçinin her türlü mesleki faaliyetini sınırlayan klozlar örnek gösterilmektedir. BGB m.307/1’in ikinci cümlesinde yer alan şeffaflık denetimi ise asıl edimler üzerinde de BGB m.307/3’ün ikinci cümlesi uyarınca mümkün olduğundan rekabet yasağına ilişkin asıl edimler de bu denetime tâbidir. Buna örnek olarak rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan edimi tanımlayan hükümler ile kanun hükmünü değiştirmeden aynen içeren açıklayıcı hükümler gösterilmektedir; keza bu tür hükümler m.307-309’da yer alan içerik denetimine tâbi olmasalar bile m.305’de yer alan şeffaflık denetimine tâbidirler. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Diller, NZA, s.251; ayrıca bkz. Straube, s.117; Hamann, Rudnik, s.343; Wolf Hunold, “Aktuelle Rechtsprechung zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot”, NZA-RR, 2013, Heft 4, s.175. Bu konuda ayrıca bkz. LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 30.01.2008, 10 Sa 60/07, NZA-RR,2008, Heft 10, s.508-510.

⁷⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, B, 3, b, (2).

⁸⁰ Bu konuda ayrıca bkz. 3. Bölüm, I, A. Bu noktada tekrar belirtilmelidir ki rekabet yasağının iç yönetmelikte düzenlenmesi geçerli kabul edilmemektedir. Zira rekabet yasağına ilişkin hükümlerin, her bir işçi açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Hatta iç yönetmelikte yer alan rekabet yasağına iş sözleşmesinde yapılan atıf dahi hukuka uygun görülmemektedir; çünkü yazılı şekil şartının geçerli olması için yasağın tüm unsurlarını içermesi gerekmektedir. Bu konuda bkz. Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.43; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.74; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.300; Taşkent, Kabakçı, s.35-36; Yıldız, s.38. Manav’a göre rekabet yasağı, işçinin ekonomik hayatını etkilediğinden, işvereni ile rekabet hakkını ancak kendi iradesiyle sınırlandırabilmelidir. Dolayısıyla kendi iradesi veya onayı olmadan işvereni ile işçi sendikası arasında imzalanan toplu iş sözleşmesi ile rekabet yasağı getirilemeyecektir. Bkz. Manav, **Rekabet Yasağı**, s.328-329. Yıldız ise rekabet yasağı kaydının toplu iş sözleşmesi ile getirilemeyeceğini; çünkü böyle bir hükmün toplu iş sözleşmesi ile düzenleme yetkisinin dışında kaldığını ileri sürmektedir. Bkz. Yıldız, s.39. Tunçomağ’a göre de iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra hüküm doğuracak rekabet yasağı, toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılamayacaktır. Bkz. Tunçomağ, s.495.

⁸¹ Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.73; Manav, **Rekabet**, s.327-328.

Yazılı şekil şartı, uyarı ve belgelendirme işlevine sahiptir⁸². Bu kapsamda belirtilmelidir ki rekabet yasağı ister iş sözleşmesinde bir kloz ister ayrı bir sözleşme şeklinde kararlaştırılmış olsun şekil şartına uyulması bakımından herhangi bir farklılık yaratmamaktadır. Kanunda aranan şekil, adi yazılı şekildir⁸³. Rekabet yasağı sözleşmesi yapılırken kanunda öngörülen şekil şartına uyulmamışsa, geçersiz sayılacaktır; çünkü yazılı şekil bir geçerlilik şartıdır⁸⁴ (BGB m.125/1).

Almanya’da HGB m.74 uyarınca, rekabet yasağı sözleşmesi BGB m.126’da yer alan yazılı şekil şartına tâbidir. BGB m.126 gereği, sözleşmeye el yazısı ile imza atılmalı veya noter onaylı parmak izi bulunmalıdır. Alman Hukuku’nda rekabet yasağı bakımından, sözleşmenin elektronik şekilde hazırlanması ise geçerli kabul edilmemektedir (NachwG m.2/1, 3)⁸⁵.

Türk Hukuku’nda ise TBK m.14 uyarınca yazılı şekilde yapılması öngörülen rekabet yasağı sözleşmesinde, borç altına girenlerin imzaları bulunmalıdır. Fakat güvenli elektronik imza, TBK m.15 uyarınca el yazısı ile atılmış imzanın bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Dolayısıyla hukukumuzda, Alman Hukuku’ndan farklı olarak rekabet yasağı bakımından bu konuda bir istisna öngörülmemiştir⁸⁶.

Rekabet yasağı sözleşmesinde yükümlülük altına giren taraf, kural olarak sadece işçi olduğu için sözleşmeyi de sadece işçinin imzalaması yeterli bulunmaktadır.

⁸² Bauer, Diller, s.57; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340, Rn.5; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.41-42; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.74; Taşkent, Kabakcı, s.35; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, 945; Yıldız, s.37.

⁸³ Ayiter, s.470; Tunçomağ, **C.I.**, s.525; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.41-42.

⁸⁴ ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.13-14; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.25; MüArbR/Wank, §107, Rn.10; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.27; Laskawy, s.1014; Grunsky, s.30-31; Schwedes, s.115; Löwe, s.69-71; Buchner, s.113-116; Taşkent, Kabakcı, s.35.

⁸⁵ ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.13; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.25; MüArbR/Wank, §107, Rn.10; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.27; Laskawy, s.1014; Grunsky, s.30-31; Schwedes, s.115; Löwe, s.69; Buchner, s.113-116.

⁸⁶ Ayrıca Türk Hukuku’nda 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’nun 5. maddesinin ikinci fıkrasında, “kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tâbi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez.” şeklinde bir düzenleme ile güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyecek hukukî işlemlere yer verilmiştir. Bu sayılan haller arasında rekabet yasağı sözleşmesi yer almadığından, Alman Hukuku’ndan farklı olarak Türk Hukuku’nda güvenli elektronik imza ile rekabet yasağı sözleşmesi imzalanabilecektir. Nitekim aynı maddenin birinci fıkrasına göre, güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğuracaktır. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu için bkz. RG.T. 23.01.2004, RG.S. 25355.

Fakat işverenin karşı edim ödemesi kararlaştırılmışsa, işverenin imzası da sözleşmede bulunmalıdır⁸⁷. Bununla birlikte işverenin imzasının bulunmaması durumunda, özellikle karşı edimin yüksek olduğu⁸⁸ ve işverenin kendisi tarafından kötünietli olarak sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmesi halinde, sözleşmenin mutlak olarak şekil noksanlığından geçersiz sayılması sonucuna ulaşılmamalıdır⁸⁹. Alman Hukuku'nda rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edim bulunması zorunlu olduğundan, tarafların her ikisinin de imzası, aynı belgede yer almalı ve bu imza, tüm düzenlemeleri ve ek anlaşmaları kapsamalıdır⁹⁰.

Rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı şekil şartı bakımından geçerli olması için, yasakla ilgili süre, kapsam ve benzeri tüm unsurlar sözleşmede yer almalıdır⁹¹. Bunun

⁸⁷ Bauer, Diller, s.57; Tunçomağ, C.I, s.525; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.42; Taşkent, Kabakcı, s.35; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, 945.

⁸⁸ von Tuhr, Peter, s.238; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.42; Tuncay, **Rekabet Yasağı**, s.496.

⁸⁹ Buchner, s.52; Löwe, s.71; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.42; Manav, **Rekabet**, s.359. Bu konuda bir Yargıtay kararı ve isabetli olduğu şeklindeki değerlendirme için bkz. Y.9.HD., T.28.03.2013, E.2012/25792, K.2013/10539, Tuncay, **Rekabet Yasağı**, s.473-498. Aynı karara ilişkin olarak, şekil şartı bakımından kararı isabetli bulan, fakat işçinin işi bakımından uyumsuzluğun değerlendirilmesini eleştiren başka bir inceleme için bkz. Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2013**, s.77-81.

⁹⁰ Bu konuda bkz. BAG, Urteil vom 15.01.2014, 10 AZR 243/13, NZA, 2014, Heft 10, s.536-540. Bir yargı kararına konu olan bir uyumsuzlukta, belirli süreli iş sözleşmesi içinde rekabet yasağı kararlaştırılmış olup, sözleşmenin süresi sona erdikten sonra taraflar sözlü olarak iş sözleşmesinin aynı şartlarla uzatılmasına karar vermişlerdir. Mahkeme, rekabet yasağının yazılı şekil şartına tâbi olması ve tarafların imzalarının gerekli olması dolayısıyla, sözleşmenin sözlü olarak uzatılmasına dair irade açıklamasının rekabet yasağı klotunu içerebileceği yönünde karara varılmıştır. Bkz. LAG Hamm, LAGE, §74 HGB, N.21, BeckRS, 2009, s.59250. Bu kararı isabetli bulan yazar için bkz. Hunold, s.174-175.

⁹¹ Buchner, s.51; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340/a, Rn.7; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.43.; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.74; Taşkent, Kabakcı, s.36. Bu görüşün aksini savunan yazarlar tarafından, yasağa ilişkin sınırlamalar yazılı olarak sözleşmede yer almasa bile hâkim tarafından, kanundaki düzenlemeler ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenebileceği ileri sürülmektedir. Bkz.Bauer, Diller, s.62 vd.. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi önüne gelen bir uyumsuzlukta, Yerel Mahkeme sözleşmenin geçerli olduğu ilçe sınırının sözleşmede açıkça belirlenmemesi nedeniyle sözleşmedeki cezaî şart hükmünün uygulanmasına olanak bulunmadığı yönünde sonuca varmıştır. Yargıtay ise davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan bu hükmü ve dolayısıyla buna dayalı cezaî şartı geçersiz bularak, sonucu itibarıyla Yerel Mahkeme kararını kanaatimizce isabetli olmayarak onamıştır. Bu karar için bkz. Y.11.HD., T.13.05.2013, E.2012/17736, K.2013/9814, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 12.01.2018. Fakat başka bir kararda yer kapsamı belirlenmediği için sözleşmenin kısmen geçersizliği kararı verilmemiştir. TBK m.445'de de açıkça yer aldığı üzere, bu sefer isabetli olarak hâkim tarafından somut koşullar değerlendirilmek suretiyle, kapsam bakımından sınırlama yapılmıştır: "...mahkemeye rekabet sözleşmesinde rekabet yasağı süresinin bir yıl olarak belirlendiği ancak mahal ve iş türü bakımından sınırlama yapılmamış olması sözleşmenin geçersizliği sebebi olarak benimsenmiş ve davanın reddine karar verilmiştir...Davalı, davacı şirkette... İli sınırları içinde satış yönetici olarak çalışırken, yeni işe başladığı şirkette de satış müfettişi sıfatıyla çalışmakta ve çalışma sahası da.... İli ... İlçesi olarak öngörülmüştür. Her ne kadar rekabet yasağı sözleşmesinde mahal yönünden açık bir sınırlama yapılmamış ise de, davalının aynı il sınırları içinde, aynı sektörde ve aynı

yanı sıra rekabet yasağı sözleşmesinde yapılacak değişiklikler ve eklemeler için de yazılı şekil şartına uyulmalıdır⁹². Nitekim TBK m.13’de, kanunda yazılı olarak yapılması öngörülen sözleşmenin değiştirilmesinde de bu şekle uyulması gerektiği; bununla birlikte sözleşme metni ile çelişmeyen tamamlayıcı hükümlerin, bu kuralın dışında olduğu açıkça düzenlenmiştir.

Türk Hukuku’ndan farklı olarak HGB m.74/1’de, işveren tarafından rekabet yasağı sözleşmesinin ıslak imzalı asıl nüshasının işçiye teslim edilmesi gerektiğine açıkça yer verilmiştir. Fakat bu teslim yükümlülüğü, Federal Mahkeme tarafından şekil şartı olarak değil, bir ispat kuralı olarak değerlendirilmektedir. Bu kural ile aslında işçinin korunması amaçlanmaktadır⁹³. İşçiye ıslak imzalı nüshanın teslim yükümlülüğü yerine getirilmezse, sözleşmenin şekle aykırılıktan geçersiz olması değil, sadece işçi bakımından bağlayıcı olmayacağı kabul edilmektedir⁹⁴. Ayrıca işçiye ıslak imzalı olmayan bir kopyanın verilmesi halinde de aynı hukuki sonucun doğacağı doktrinde ileri sürülmektedir⁹⁵. İşçi, bağlayıcı olmamasına rağmen rekabet yasağına uyarırsa, karşı edimi talep hakkına sahip olacaktır⁹⁶.

4. Karşı Edim Belirlenmesi

Türk Hukuku’nda işçinin rekabet etmeme borcuna karşılık, işverenin karşı edim yükümlülüğü üstlenmesi geçerlilik şartı olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte TBK m.445/2’de hâkimin, rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamı ve süresine müdahale etmesi halinde, karşı edimi de dikkate alması gerektiğine yer verilerek, karşı

sıfatla başka bir şirkette çalıştığı ortadadır...”. Bu karar için bkz. Y.11.HD., T.30.03.2016, E.2015/8396, K.2016/3470, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 25.04.2019.

⁹² Buchner, s.51; MüArbR/Wank, §107, Rn.10; Bauer, Diller, s.67; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.43; Taşkent, Kabakcı, s.36; Yıldız, s.37.

⁹³ MüArbR/Wank, §107, Rn.10; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.28.

⁹⁴ BAG, Urteil vom 23.11.2004, 9 AZR 595/03, NZA, 2005, Heft 7, s.411-413. Ayrıca bkz. ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.14; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.26. Söz konusu düzenlemenin geçerlilik şartı olduğu ve eksikliğin rekabet yasağı sözleşmesinin geçersizliğine yol açacağı yönündeki aksi görüş için bkz. Grunsky, s.31-32; Löwe, s.70-71; Buchner, s.51

⁹⁵ MüArbR/Wank, §107, Rn.11; Hamann, Rudnik, s.346.

⁹⁶ MüArbR/Wank, §107, Rn.11; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.29; Laskawy, s.1014. Kuşkusuz rekabet yasağının iş sözleşmesi içinde düzenlenmesi veya ayrı belge olarak düzenlenmesi de bir farklılık yaratmamaktadır. Bkz. MüArbR/Wank, §107, Rn.11; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.29.

edime değinilmiştir. Hal böyleyken taraflar dilerlerse, rekabet yasağı sözleşmesinde süresi ve miktarını serbestçe belirleyebilecekleri bir karşı edim kararlaştırabilirler⁹⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nda karşı edim yükümlülüğünün geçerlilik şartı olarak düzenlenmemesinin nedeni, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda da böyle bir şarta yer verilmemesidir⁹⁸. Hâlbuki işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması yanında, rekabet yasağı işçinin ekonomik hayatını da etkilemektedir. Dolayısıyla Türk Hukuku'nda geçerlilik şartı olarak karşı edimin düzenlenmemiş olması doktrinde eleştirilmektedir. Zira rekabet yasağı halinde, çoğu zaman işçinin belirli bir süre kendi mesleğinde çalışmaması sonucu ortaya çıktığından, işçinin ekonomik olarak zorluğa düşeceğine dikkat çekilmektedir⁹⁹.

Türk Hukuku'nda rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılması serbest bırakılan karşı edimin, sözleşmede taahhüt edilmesi durumunda hukuki niteliğinin ne olacağı da önemlidir. Zira ücret, işçiye iş görme karşılığı ödenmektedir. Oysaki rekabet yasağı karşılığı ödenmesi kararlaştırılan karşı edim, iş sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm doğuran rekabet etmeme borcunun bir karşılığıdır. Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan karşı edim, ücret değil sözleşmeye dayanan bir ödeme olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle işveren, bu taahhüdüne uymazsa işçi, TBK m.146 uyarınca 10 yıllık genel zamanaşımı süresi içinde talepte bulunabilecektir¹⁰⁰.

Rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edim kararlaştırılmasının, TBK m.444 ve devamı hükümlerinde yer alan işçiyi korumaya yönelik düzenlemelerin uygulanmasını

⁹⁷ Taşkent, Kabakcı, s.37; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.20; Fevzi Şahlanan, “Bir Bedel Karşılığı Öngörülen Rekabet Yasağından İşverenin Vazgeçmesi (Karar İncelemesi-Nisan 2015)”, **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Karar İncelemeleri II (Ocak 2011-Mart 2016)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016, s.290-291; Manav, **Rekabet**, s.358; Keser, **Rekabet Yasağı**, s.90.

⁹⁸ İsviçre’de hem 1911 hem de 1971 yıllarında Borçlar Kanunu’na ilişkin yapılan düzenlemeler sırasında, karşı edim yükümlülüğü getirilmesi konusu tartışılmıştır. Bu dönem hakkında bkz. Bohny, s.120-121. Fakat İsviçre kanun koyucusu, kanunda karşı edimi şart koşmayarak işverenlerin aşırı maddi külfet altına girmesini önlemeyi ve bu hususu toplu iş sözleşmesinin düzenleme alanına bırakmayı tercih etmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Vischer, s.424; Bohny, s.121. Bu gerekçelerin Türk Hukuku bakımından eleştirisi için bkz. Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.83; Taşkent, Kabakcı, s.36-37.

⁹⁹ Taşkent, Kabakcı, s.36-37; Fatih Uşan, **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.263; Manav, **Rekabet**, s.358.

¹⁰⁰ Taşkent, Kabakcı, s.37.

engellemeyeceği savunulmaktadır¹⁰¹. Gerçekten de karşı edim belirlendiğinde her ne kadar işçi, rekabet etmemesi karşılığında bir gelir elde etse bile Anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğünün kısıtlandığı gerçeği ortadan kalkmamaktadır. Dolayısıyla işçinin ekonomik geleceğini korumaya yönelik düzenlemeler aynen uygulanmaya devam etmelidir¹⁰². Bununla birlikte karşı edim, TBK m.445/2 gereği rekabet yasağının kapsam ve süresi bakımından hâkim tarafından yapılacak değerlendirmede dikkate alınması gereken bir ölçüttür¹⁰³. Ayrıca belirtilmelidir ki rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edim belirlenmesi halinde işveren, rekabet yasağından vazgeçtiğini belirterek karşı edim ödemekten kurtulamayacaktır. Zira karşı edim belirlenmesi ile birlikte, sözleşme artık iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme halini almıştır¹⁰⁴. Buna karşılık rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edim belirlenmemişse, işveren bu yasaktan her zaman vazgeçebilecektir¹⁰⁵.

Alman Hukuku çerçevesinde konu ele alınırsa, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği için, işçinin işvereni ile rekabet etmemesine karşılık, HGB m.74/2 uyarınca işverenin, rekabet etmeme borcu süresince işçiye karşı edim ödemesi şarttır¹⁰⁶. Bu nedenle rekabet yasağı sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğine sahiptir. Ayrıca karşı edimin miktarı da aynı maddede açıkça yer almaktadır¹⁰⁷. Buna göre, işveren tarafından ödenmesi gereken karşı edim, her yıl için işçinin en son hak kazandığı aylık sözleşmesel edimin en az yarısı kadar olmalıdır. Karşı edim borcu

¹⁰¹ Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.20; Manav, **Rekabet** s.358; Yıldız, s.53-54.

¹⁰² Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.20-21; Manav, **Rekabet** s.358.

¹⁰³ Süzek, s.368; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.83; Taşkent, Kabakcı, s.38.

¹⁰⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.300-301; Taşkent, Kabakcı, s.38. Şahlanan'ın, Yargıtay'ın 2013 tarihli kararını değerlendirdiği incelemesinde, işverenin karşı edim ödeme yükümlülüğü altında olduğu rekabet yasağı sözleşmesinden vazgeçebilme hakkını saklı tutması halinde, tek taraflı bir irade açıklaması ile bu sözleşmeden dönebileceği ifade edilmiştir. Fakat vazgeçme hakkını saklı tutmamışsa, karşı edim belirlendiği için artık işçinin tek taraflı bir rekabet etmeme taahhüdü değil, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olacağından, işveren bu yönde bir irade açıklaması ile sözleşmeden dönmeyecektir. Bkz. Y.7.HD., T.08.04.2013, E.2013/2542, K.2013/5823 sayılı karar ve incelemesi bkz. Şahlanan, **Rekabet Yasağından Vazgeçme**, s.291.

¹⁰⁵ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.301.

¹⁰⁶ İş sözleşmesinin sona ermesine yönelik yapılan anlaşmada, iş ilişkisinden doğan tüm hakların sona erdiğine ilişkin bir ifade yer alması halinde, bu ifadenin işverene yüklenen karşı edimi kapsamayacağı savunulmaktadır. Zira karşı edim, bu anlaşma yapılırken henüz mevcut bir hak bile değildir. Bu görüş için bkz. Hoß, s.1820-1821. Bu yönde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 20.10.1981, 3 AZR 1013/78, DB, 1982, s.907.

¹⁰⁷ ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.15; Laskawy, s.1012; Hamann, Rudnik, s.344; Grunsky, s.33; Schwedes, s.112; Löwe, s.107; Buchner, s.145; Bauer, Diller, s.135.

örneğin, işini kaybettiği için ikramiye ödenmesi veya emekli maaşının artırılması olarak kararlaştırılamayacaktır. Burada işçinin son hak kazandığı edimler çıplak ücret olarak değil, giydirilmiş ücret olarak dikkate alınmaktadır¹⁰⁸. Hatta sözleşmede aylık çıplak ücretle sınırlandırılmasının, kanundaki asgari miktar olarak belirlenen düzenlemeye aykırı olduğundan bağlayıcı olmadığı kabul edilmektedir¹⁰⁹. Alman Hukuku'nda işçinin karşı edim talebi, BGB m.195'de yer alan genel zamanaşımı süresi olan üç yıllık zamanaşımı süresine tâbidir¹¹⁰.

Karşı edim, HGB m.74/2 uyarınca, rekabet yasağı anlaşmasının bir geçerlilik şartı olarak düzenlendiğinden, kanunda belirtilen miktar altında bir karşı edim belirlenmesi halinde, işçi bu yasakla bağlı olmayacaktır. Fakat işçi, sözleşmeye uymayı tercih ederse, kanundaki asgari miktara nazaran sözleşme ile daha az miktarda belirlenmiş olan karşı edimi talep etmekle yetinebilecektir. Buna karşılık karşı edim miktarını yeterli bulmayarak rekabet yasağı borcuna uymamayı seçerse, az miktarda belirlenen karşı edimi de talep edemeyecektir¹¹¹. Başka bir görüşe göre ise işçinin kanundakinden daha az miktarda kararlaştırılan karşı edimi talep edebileceği yönündeki görüş isabetli değildir. Zira bu görüşe göre, kanuna aykırı miktarda karşı edim belirlenmiş ise kanundaki karşı edim miktarının gözetilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹¹². BAG'a göre, eğer sözleşmede hiç miktar belirlenmemişse rekabet

¹⁰⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hamann, Rudnik, s.349-350. Karşı edimin hesaplanması ve giydirilmiş ücret olarak ele alınması yönünde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 22.10.2008, 10 AZR 360/08, NZA, 2009, Heft 17, s.962-966. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin rekabet yasağı süresince başka bir faaliyette bulunarak edindiği ya da kötüniyetli olarak kaçındığı gelirler, karşı edimden düşülecektir. Buradaki kötüniyet, işçinin çalışma olanağı olmasına veya çalışmaması halinde işverenin karşılaşılabileceği olumsuzlukları bilmesine rağmen, çalışmaktan kaçınmasıdır. Fakat bu demek değildir ki işçi, en iyi gelir elde edeceği işte çalışmak zorundadır. Bu konuda bkz. Schaub, Vogelsang, Hamann, Rudnik, s.350; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.77 vd. Buna karşılık gelir elde ettiği gerekçesiyle emekli maaşının karşı edimden düşülmesi, bu maaşı kendi çalışarak elde etmediği için geçerli kabul edilmemektedir. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 30.10.1984, 3 AZR 213/82, AP§74 HGB, N.46. Yine aynı gerekçeye sahip BAG'ın bir kararına göre, işsizlik ödeneğinin karşı edim bakımından dikkate alınmaması gerekmektedir. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 14.09.2011, 10 AZR198/10, NZA RR, 2012, s.98. Doktrinde de bu kararlar isabetli bulunmaktadır. Değerlendirme için bkz. Oetker, BGB m.74/c, Rn.4; Schaub, Vogelsang, Hamann, Rudnik, s.350.

¹⁰⁹ ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.15; MüArbR/Wank, §107, Rn.21; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.74; Grunsky, s.34; Löwe, s.109; Buchner, s.163 vd.; Laskawy, s.1012.

¹¹⁰ ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.17.

¹¹¹ ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.19; Hamann, Rudnik, s.344; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.30.

¹¹² Bu görüş için bkz. Buchner, s.163. Ayrıca bkz. Löwe, s.107-108.

yasağı sözleşmesi geçersiz olacaktır¹¹³. Hâlbuki karşı edimi düzenleyen madde geçersizlik değil, bağlayıcılıktan bahsetmektedir. Lakin karşı edim belirlenmeden işverenin, işçiden rekabet yasağına uymasını talep etme hakkı olmaması ve işçinin de karşı edim talep edememesi dikkate alındığında, geçersizlik ile bağlayıcı olmamanın aynı hukuki sonuçlara yol açtığı görülmektedir¹¹⁴.

Bu noktada akla, sözleşmede açıkça miktar olarak yer almayan ama örneğin, HGB m.74 hükmüne atıf yapılan hallerde ne gibi bir hukuki sonuç doğacağı sorusu gelmektedir. Alman Federal İş Mahkemesi, doktrinde oldukça tartışılan 28.06.2006 tarihli kararında, böyle bir durumda HGB m.74'e yapılan atfı açık bir kararlaştırma olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla rekabet yasağının geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca BAG, şüphe halinde karşı edimin miktarının, kanundaki asgari miktar olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir¹¹⁵.

¹¹³ Bu yönde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 03.05.1994, 9 AZR 606/92, NZA, 1995, Heft 2, s.72-73. Bu görüşte bkz. ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.18; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.30; Laskawy, s.1012. LAG Hamm ise bir kararında, tip iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı halinde, karşı edim miktarını kanundaki miktara bağlayan klozu, BGB m.305/c, 2'ye dayanarak yeterli açıklıkta bulmamıştır ve rekabet yasağının bağlayıcı olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. LAG Hamm, NZA-RR 2010, s.515.

¹¹⁴ Hamann, Rudnik, s.344. Karşı edim belirlenmemesinin sözleşmenin bağlayıcılığına etki edeceği yönünde bir değerlendirme için bkz. Buchner, s.146-149; Löwe, s.108.

¹¹⁵ Söz konusu kararda iş ilişkisi deneme süresi içinde, işveren tarafından feshedilmiş olup, sözleşmede iş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olacak rekabet yasağının yer, konu ve süre sınırlamaları yapılmış ve devamında sadece *“kalan hususlar için HGB m.74'de yer alan kanuni düzenlemelerin geçerli olduğu”* belirtilmekle yetinilmiştir. BAG, işverenin tarafından ileri sürülen rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olmadığı ile deneme süresi içinde sözleşmenin sona erdiği şeklindeki itirazı da kabul etmemiştir. Mahkeme HGB m.75/d uyarınca, rekabet yasağının m.74/ a,1 bakımından bağlayıcı olmadığına işverenin dayanamayacağına karar vermiştir. İlgili karar için bkz. BAG, Urteil vom 28.06.2006, 10 AZR 407/05, NJW, 2006, Heft 50, s.3659-3661. Bu karar yönünde ayrıca bkz. Buchner, s.146; Reinhard, s.300; MüArbR/Wank, §107, Rn.20. Böyle bir kararlaştırmanın, genel işlem koşulları denetiminde aranan şeffaflık niteliğini taşımadığından, karşı edim belirlenmesi yönündeki geçerlilik şartını karşılamadığı şeklindeki aksi görüş için bkz. Straube, s.118-119. BAG, 14.08.1975 tarihinde verdiği eski bir kararında, rekabet yasağı sözleşmesinde HGB m.74 ile 74/c'ye yapılan atfı, karşı edim belirlenmesi bakımından geçerli kabul etmişti. Fakat bu kararda farklı olarak sözleşmede karşı edimi ilgilendiren salt m.74'e değil, hesaplanmasına ilişkin m.74/c'ye de atıf yapılmıştır. Gravenhorst, BAG'ın 2006 tarihli kararındaki bakış açısını, 1975 kararındaki özel durumu gözetmeden sürdürdüğü için eleştirmektedir. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 14.08.1975, AP, HGB §74 N.35. Ayrıca kararın eleştirisi için bkz. Gravenhorst, s.3610. Gravenhorst, BAG'ın 28.06.2006 tarihli, rekabet yasağı sözleşmesinin bağlayıcı olmadığı itirazını işverenin yapamaması ve işçinin de karşı edimi ancak asgari miktar olarak talep edebilmesi yönündeki kararını işçi aleyhine olması nedeniyle eleştirmektedir. Yazar, sözleşmede yer alan düzenlemenin yeterince açık olmadığına dayanılarak, işveren aleyhine yorumla, geçersizlik yaptırımına tâbi tutulmasını savunmaktadır. Yazar, ayrıca rekabet yasağı sözleşmesinde sadece HGB m.74,2'nin uygulanacağına yer verilmesi yerine, en azından *“HGB m.74, 2'de yer alan karşı edimin ödeneceği”* ifadesini veya bu maddenin içeriğine aynen yer verilmesini önermektedir. Bkz. Gravenhorst, s.3611-3612.

Alman Federal Mahkemesi'nin bu kararı doktrinde eleştirilmektedir¹¹⁶. Nitekim bu kabulün kanunun sistematığına de aykırı olduğu ifade edilmektedir. Zira karşı edim belirlenmesi, kanunda geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir. İşçinin hakkı, kanundaki hüküm dolayısıyla değil, sözleşmedeki kararlaştırma sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla HGB m.74'e atıf yapılması, karşı edim hakkı doğmasını tek başına sağlamamaktadır. Bu nedenle söz konusu uyuşmazlık BGB m.305/c'nin ikinci cümlesi uyarınca çözümlenmelidir; yani şüphe halinde sözleşme hükümleri işveren tarafından önceden hazırlandığından aleyhine yorumlanmalıdır. Bunun sonucunda ise işveren tarafından karşı edim belirlenmediği için, hükmün bağlayıcı olmadığı kabul edilmelidir¹¹⁷. Bununla beraber işçi rekabet etmeme borcuna uymuşsa, karşı edim talep edebilecektir. Bu durumda işveren, hükmün şeffaflık kuralına aykırı olduğuna dayanarak, karşı edim talebini reddedemeyecektir. Sözleşmenin bağlayıcı olmadığını sadece işçi ileri sürebilecektir¹¹⁸. Sonuç olarak Alman Federal İş Mahkemesi'nin, sözleşmede açıkça bir karşı edim belirlenmemesine rağmen, işçinin genellikle kendisini rekabet yasağı borcuna uymak zorunda hissetmesini dikkate alarak karara vardığı görülmektedir. Fakat Mahkeme'nin böyle bir klozu kısmen geçersiz ya da kanunun genel hükümlerine atıf kabul ederek, zımni bir karşı edim belirlendiği yönündeki kararları açıklandığı üzere doktrinde oldukça eleştirilmektedir¹¹⁹.

¹¹⁶ Bu eleştiriler için bkz. Gravenhorst, s.3610-3611; Straube, s.118-119; Jobst-Hubertus Bauer / Martin Diller, "Nachvertragliche Wettbewerbsverbote: Änderungen durch die Schuldrechtsreform", **NJW**, 2002, Heft 22, 2002, s.1613; Diller, **NZA**, 2005, s.252-253; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.30; Hamann, Rudnik, s.344; Grunsky, s.65.

¹¹⁷ Gravenhorst, s.3610-3611; Straube, s.118-119; Diller, **NZA**, 2005, s.252-253; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.30.

¹¹⁸ Doktrindeki bu görüş için bkz. Bauer, Diller, Rn.288; Bauer, Diller, **NJW**, 2002, s.1613; Diller, **NZA**, 2005, s.252-253; Hamann, Rudnik, s.344; Reinhard, s.300; Grunsky, s.65.

¹¹⁹ Bu yönde başka bir karar LAG Hamm, Urteil vom 18.02.2014, 14 Sa 806/13, BeckRS 2014, s.67411 ve karara dair eleştiri için bkz. Martin Diller, "Nachvertragliches Wettbewerbsverbot: Entschädigungsanspruch ohne Entschädigungszusage?", **NZA**, 2014, Heft 21, s.1185-1186.

BAG bir kararında, karşı edim belirlenmesinin işverenin takdirine bırakıldığı rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edim belirlenmediği gerekçesi ile sözleşmenin bağlayıcı olmadığı sonucuna varmıştır. Fakat kararda, işçi, yine de rekabet yasağına uymaya karar verirse, kendisine işverenin takdirine bırakılan sözleşmesel karşı edimin verilmesi gerekeceğine dikkat çekilmiştir. Bu halde ise işverenin hakkaniyete uygun miktar takdir etmesi gerektiği, bunun için de BGB m.74/2 hükmünün ölçüt alınabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla işverenin, işçiye iki yıllık rekabet yasağı süresi boyunca en az en son hak kazandığı toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücretinin yarısı kadar karşı edim ödemekle yükümlü olduğu sonucuna varılmıştır. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 15.01.2014, 10 AZR 243/13, **NZA**, 2014, s.536-540.

5. İşverenin Korunmaya Değer Haklı Ekonomik Menfaati Bulunması

Rekabet yasağı kaydının geçerli olabilmesi için, işverenin korunmaya değer haklı ekonomik menfaatinin bulunması gerekmektedir. Zira bu sözleşmenin imzalanmasındaki amaç, işçinin işyerinde öğrendiği önemli bilgileri ve sırları iş sözleşmesi sona erdikten sonra eski işvereni ile rekabet edecek şekilde kullanmasının önüne geçilmesidir. Keza her işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi yapılması da mümkün değildir. Aksi halde işverenin, keyfi şekilde, istediği işçi ile çalışmak ve işçinin sözleşme özgürlüğünü kısıtlamak amacıyla bu sözleşmeyi yapma yolu açılmış olurdu¹²⁰. Kanunun lafzında açıkça yer almasa da “işverenin korunmaya değer haklı ekonomik menfaati” şeklinde ifade edilen bu şart, TBK m.444/2 uyarınca iş ilişkisinin, işçinin müşteri çevresi, üretim sırları veya işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlamasına bağlanmıştır. Rekabet yasağı sözleşmesi yapılmasında işverenin haklı bir ekonomik menfaati bulunmuyorsa, bu sözleşme/kayıt geçersiz olacaktır.

Kanunda sayılan müşteri çevresi, üretim sırrı veya işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı bakımından sadece birinin somut olayda ortaya çıkması, rekabet yasağı sözleşmesi kurulması bakımından yeterlidir¹²¹. Fakat kanunda, sadece bu hususların bulunması ile yetinilmemiştir. Bu bilgilerin kullanılmasının işverenin önemli bir zararına neden olacak nitelikte olması aranmaktadır. Zira amaç, işverenin, işçinin rekabet edici davranışlarına karşı korunmasıdır¹²². Kanun koyucu bu şarta özel bir önem atfettiğinden, rekabet yasağının sona ermesi maddesinde de bu şartın ortadan kalkmasını ayrı bir sona erme nedeni olarak düzenlemiştir. Buna göre, rekabet yasağı devam ederken TBK m.447/1 uyarınca, işverenin bu yasağı sürdürmesinde gerçek bir yararı kalmamışsa bu yasak sona ermektedir.

Alman Hukuku’nda ise BGB m.74/a’da açıkça, işverenin haklı ekonomik menfaatinin korumaya hizmet etmeyen rekabet yasağının bağlayıcı olmadığı düzenlenmiştir. Türk Hukuku’ndan farklı olarak, işverenin haklı menfaatinin

¹²⁰ Buchner, s.70; Grunsky, s.92; Tunçomağ, C.I, s.521.

¹²¹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.304; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.946.

¹²² Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.48.

kapsamına ilişkin kanunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemesi, uygulamada önemli sorunlara neden olabilecektir¹²³.

Rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçerli olması için, konu bakımından işçinin o zamana kadar gösterdiği faaliyet ile rekabet yasağı ile belirlenen faaliyet arasında bağlantı olması aranmaktadır¹²⁴. İşçinin çalıştığı her iki işletmenin ürün yelpazesi ile pazarlama safhası, işverenin geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmesi için haklı menfaatinin bulunup bulunmadığının tespitinde önemli role sahiptir. Ürün yelpazesinin kısmen örtüşmesi bile, somut olayın şartlarına göre işverenin haklı ekonomik menfaatinin bulunduğu kanaatinin oluşması için yeterli olabilmektedir. Fakat ürün yelpazesinin örtüşme oranının en az ne kadar olması gerektiğine ilişkin mutlak bir sınır bulunmamaktadır. Dolayısıyla hâkim, somut olayı değerlendirerek bir karara varmalıdır¹²⁵.

Rekabet yasağı sözleşmesinin sadece vasıflı bir işçi ile oluşabilecek olası bir rekabetin gücünü azaltmak, işçiyi işyerine bağlamak veya işyerinden ayrılmak istemesi halinde işçiyi cezalandırmak amaçları gözetilerek yapılması ihtimallerinde, işçinin bu sözleşme ile bağlı olmayacağı kabul edilmelidir¹²⁶. Sözleşmede, konu olarak işçinin faaliyet sınırlarının açıkça belirlenmediği hallerde, bu yasağın bağlayıcı olmayacağı belirtilmektedir¹²⁷. Bununla birlikte sözleşmede yer sınırlaması

¹²³ Grunsky, s.49.

¹²⁴ ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.2; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74/a, Rn.3; MüArbR/Wank, §107, Rn.14; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.61; Laskawy, s.1013; Hamann, Rudnik, s.345; Hunold, s.175; Grunsky, s.49; Buchner, s.136.

¹²⁵ Hunold, s.175. Ayrıca bkz. Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74/a, Rn.3-4. Bu konuda bir yargı kararı için bkz. LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 30.01.2008, 10 Sa 60/07, NZA-RR, 2008, Heft 10, s.508-510. Benzer bir konuda bkz. 3. Bölüm, I, B, 3.

¹²⁶ ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.2; MüArbR/Wank, §107, Rn.14; Grunsky, s.49; Buchner, s.138; Laskawy, s.1013; Hamann, Rudnik, s.345.

¹²⁷ Yargıtay bir kararda, rekabet yasağı sözleşmesinde konu sınırlamasının başka bir firmada çalışma yerine, özel kapsamda yapıldığı yönünde sonuca varmış ve bu nedenle rekabet yasağının uzman bilirkişi marifeti ile araştırılması gerektiği şeklindeki gerekçe ile eksik incelemeden bozma kararı vermiştir. Kararda, “...Taraflar arasında imzalanan sözleşmede, işçinin şirketten ayrıldığı taktirde 2 yıl süreyle et ve peynir sektöründe ambalajda kullanılan, şarküteri peynir vb. mamulün etrafını saran ve bağırsak tabir edilen sentetik veya doğal kılıfların, aynı mamüllerin uçlarına takılan klips ve bu klipslere ilişkin makine yedek parça satışı ve bunların temini ile ilgili faaliyetlerde bulunamayacağı hususları öngörülmüştür. O halde başka bir firmada çalışma yerine, taraflar arasında özel biçimde rekabet yasağı öngörülmüştür. Somut olayda davalının çalıştığı Vemag Ltd. şirketine işyeri ile ilgili gerekli araştırmalara gidilmeli ve sözleşmede yazılı biçimde bir rekabet yasağı ihlalinin olup olmadığı gerekirse uzman bilirkişi marifetiyle araştırılmalıdır. Mahkemece eksik incelemeyle karar verilmesi

yapılmaması halinde, yorum yoluyla rekabet yasağının işverenin faaliyet gösterdiği alanla sınırlı olacağı savunulmaktadır¹²⁸.

Doktrinde işverenin haklı menfaatinin, sözleşmede kararlaştırılan konuların sadece bir kısmını kapsaması halinde, işçinin de sadece bu kısım bakımından rekabet yasağı sözleşmesi ile bağlı olduğu savunulmaktadır. Bu durumda ise işçi, bağlayıcı olan sözleşme kısmı bakımından rekabet etmeme borcunu yerine getirdiğinde, karşı edimin tümünü talep etme hakkına sahip olacaktır. Nitekim karşı edim talep hakkı, rekabet yasağı sözleşmesinin bağlayıcı olması ile bağlantılı bir konu olarak kabul edilmektedir¹²⁹.

TBK m.444/2’de sayılan sınırlamaların ayrı ayrı incelenmesine geçilmeden önce son olarak ele alınması gereken konu ise işçinin edindiği bilgilere ilişkin değerlendirmenin, hangi zaman diliminin dikkate alınarak yapılması gerektiğidir. Doktrinde isabetli olarak, yasağın kararlaştırıldığı tarihteki değil, iş ilişkisinin sona erdiği tarihteki şartların dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Nitekim rekabet yasağı kararlaştırılan tarihte henüz işçinin, işverene zarar verebilecek önemli bilgilere sahip olup olmayacağı belirsizdir¹³⁰. Bu şartların somut olayda var olduğunu ispat yükü ise işverendedir¹³¹.

a. Müşteri Çevresi, Üretim Sırları Veya İşverenin Yaptığı İşler Hakkında Bilgi Edinme İmkânı

Rekabet yasağı, işçinin çalışırken işyerinde müşteri çevresi, üretim sırları veya işverenin yaptığı işler hakkında edindiği bilgileri, iş ilişkisi sona erdikten sonra işverenle rekabet edecek şekilde kullanmasını önlemek amacıyla

hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir...” ifadelerine yer verilmiştir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.02.11.2010, E.2008/38367, K.2010/31390, (Çevrimiçi) www.legalbanl.net, 01.03.2019.

¹²⁸ Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.61; Hamann, Rudnik, s.345.

¹²⁹ Bu görüş için bkz. Laskawy, s.1013. Bu yönde bir yargı kararı için bkz. BAG, Urteil vom 21.04.2010, 10 AZR 288/09, NZA, 2010, Heft 20, s.1175-1177.

¹³⁰ Buchner, s.70; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.49; Taşkent, Kabakçı, s.26; Manav, **Rekabet**, s.332-333.

¹³¹ Buchner, s.71; Bohny, s.111.

kararlařtırılmaktadır¹³². Kanunda yer alan diğerk şartların da mevcut olması halinde, TBK m.444/2’de sayılı bu bilgilerin varlığı, rekabet yasağı kararlaştırılması için işverenin korunmaya değerk haklı menfaati olduğuna işaret etmektedir. Örneğın, işçi, müşteri çevresini tanıma imkânına sahip değilse, üretim sırlarını öğrenebilecek bir pozisyonda çalışmıyorsa ya da işverenin işi hakkında bilgi edinme olasılığı yoksa, işverenin de korunmaya değerk menfaati yok demektir¹³³.

Alman Hukuku’nda ise rekabet yasağı hükümleri içerisinde, işverenin haklı ekonomik menfaatinin kapsamına ilişkin bir düzenleme yer almasa da bir Federal İş Mahkemesi kararında, işverenin haklı menfaati olup olmadığı konusunda iki ölçütün dikkate alındığı görülmektedir. Bu ölçütlerden birincisi, iş ve işyeri sırlarının korunmasının gerekip gerekmediğı; ikincisi ise müşterilere ve distribütöre ilişkin bilgilerin korunması için imzalanan bir rekabet yasağı sözleşmesinin olup olmadığıdır¹³⁴.

Şüphesiz işçi, bir işyerinde çalışırken birçok bilgi edinmektedir. Fakat bu bilgilerin her biri rekabet yasağı kararlaştırılmasını sağlayacak niteliğek sahip değildir. Rekabet amacıyla kullanılabileceğı varsayılan bilginin, işverene zarar verebilecek boyutta olması gerekmektedir. Kanun koyucu, üç başlık altında geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesini gerektiren bilgilere yer vermiştir¹³⁵.

(1) Üretim Sırları Hakkında Bilgi Edinme İmkânı

Türk Borçlar Kanunu m.444’de üretim sırları, rekabet yasağı kaydı konulması için bir şart olarak yer almakla birlikte, kavram hakkında herhangi bir tanıma yer

¹³² Süzek, s.363; aynı yazar, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.458; Tuncay, **Rekabet Yasağı**, s.484; Taşkent, Kabakcı, s.25-26; Yıldız, s.41-42.

¹³³ Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.947. Bu konuda Yargıtay kararı için bkz. Y.9.HD., T.08.06.2004, E.2003/18581, K.2004/14299, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 01.03.2019; Y.9.HD., T. 13.02.2006, E.2005/20733, K.2006/3050, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 01.03.2019.

Yargıtay, bir uyumsuzlukta hemşirenin, hastanenin müşterileri ile iş sırlarına vakıf olabileceğı bir pozisyonda çalışmadığı için rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olmadığı ve cezaî şart isteminin reddi gerektiğı sonucuna varmıştır. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.10.03.2008, E.2007/11865, K.2008/3993, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 01.03.2019. Aynı yönde başka bir karar için bkz.Y.9.HD., T. 13.06.2008, E. 2007/19368, K. 2008/15558, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 19.06.2018.

¹³⁴ Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 01.08.1995, 9 AZR 884/93, NZA, 1996, Heft 6, s.310-311.

¹³⁵ Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.946.

verilmemiştir¹³⁶. Bu konuda doktrinde çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Üretim sırrı “işletmeyle ilgili, sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, saklı kalmasında işverenin haklı menfaatinin bulunduğu ticari, teknik, personel yapısına ilişkin olgular” olarak tanımlanabilecektir¹³⁷. Bir sırrın üretim sırrı niteliğine sahip olabilmesi için herkesçe bilinen veya öğrenilmesi kolay, diğer bilgilerden herhangi bir farklılık içermeyen nitelikte olmaması gerekir¹³⁸. Önemli olan bir işletme ile ilgili olması, sınırlı bir çevre tarafından bilinmesi, bu bilginin kolaylıkla öğrenilememesi ve bu bilginin saklı kalmasında işverenin haklı menfaati bulunmasıdır¹³⁹.

Üretim sırrı kavramına örnek olarak, teknik veya ticari nitelikteki sırlar, yani özel bir ürünün içeriği, bilgisayar programları, reklam stratejisi, hammadde kaynakları, know-how, muhasebe kayıtları ve benzeri konular verilmektedir¹⁴⁰. Fakat belirtilmelidir ki verilen örnekler içinde sadece üretim sırrı değil, kanunda üçüncü hal olarak sayılan işverenin yaptığı işler ile ilgili bilgi edinme kavramına örnekler de yer almaktadır. Kanaatimizce bunun nedeni, mülga Kanun’da sadece “iş sırrı” kavramına yer verilmiş olması ve sayılı örneklerin hepsinin bu kavram içine girmesidir. Ayrıca unutulmamalıdır ki bir bilgi, bir işletme için üretim sırrı olabileceksen, diğer bir işletme için olmayabilir. Dolayısıyla her somut olayın kendine has özellikleri dikkate alınmalıdır¹⁴¹.

¹³⁶ BK döneminde üretim sırrı yerine “*esrara nüfuz*” kavramı kanunda yer almaktaydı. Bu kavram, iş sırrı olarak kabul edilerek işletme ile ilgili olan her şeyi kapsadığından, oldukça geniş bir alanda rekabet yasağı koyma imkânı tanıyordu. 6098 sayılı Kanun’da ise üretim sırrı ile işverenin yaptığı işler hakkında bilgi iki ayrı kavram olarak sayılmıştır. BK döneminde “iş sırrı” kavramı hakkında bkz. Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.53; Uşan, **İş Sırrı**, s.28; Kübra Doğan Yenisey, Özgür Öztürk, “İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü”, **Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2008, s.401-402.

¹³⁷ Bohny, s.103; Ayiter, s.469; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.53; Tuncay, **Rekabet Yasağı**, s.485; Süzek, s.363-364; aynı yazar, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.459; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.304.

¹³⁸ Şahlanan, **Geçerlilik Koşulları**, s.140-141; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.947-948; aynı yazar, **Sadakat Borcu**, s.28; Manav, **Rekabet**, s.338-340.

¹³⁹ Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340, Rn.12, Bohny, s.103; Kuhn, s.46; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.53 vs.; Doğan Yenisey, Öztürk, s.402.

¹⁴⁰ Tunçomağ, **C.I**, s.497; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.54; Tuncay, **Rekabet Yasağı**, s.485; Süzek, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.457; Alpagut, **Sadakat Borcu**, s.28; Taşkent, Kabakcı, s.26.

¹⁴¹ Süzek, s.364; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.76, Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.48.

Üretim sırlarının, işçi tarafından fiilen öğrenilmiş olması gerekmemektedir. Nitekim TBK m.444/2’de bu hususa, üretim sırları hakkında “*bilgi edinme imkânı sağlıyorsa*” ifadesi ile dikkat çekilmiştir. Gerçekten de kanuna göre işçinin iş ilişkisi içerisinde bu bilgileri öğrenebilecek pozisyonda iş görüyor olması, rekabet yasağına konu olabilecek üretim sırrının varlığına işaret etmektedir¹⁴². Bunun sonucu olarak ise bu tür sırlara vakıf olabilecek işçilerin, çoğunlukla vasıflı ve üst kademelerde çalışan işçiler olabileceği ifade edilebilecektir. Dolayısıyla vasıfsız işçiler ile yapılan rekabet yasağı çoğunlukla geçersizlik yaptırımına tâbi olabilecektir. Kuşkusuz somut olayın özellikleri değerlendirmede dikkate alınmalıdır¹⁴³. Aşağıda açıklanacağı üzere, üretim sırlarının rekabet yasağı uyarınca önemli olması için, zarar tehlikesi doğurması da gerekmektedir¹⁴⁴.

(2) Müşteri Çevresi Hakkında Bilgi Edinme İmkânı

Rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilmesi için, TBK m.444/2’de işverenin korunması gereken haklı menfaati olarak sayılan bir diğer hal, müşteri çevresi hakkında bilgi edinme imkânıdır.

Kanunda müşteri veya müşteri çevresi kavramları tanımlanmamıştır. Doktrinde müşteri çevresi, bir işyeri ile belirli bir süre ilişki kurarak, orada üretilen veya pazarlanan mal ve hizmetleri az ya da çok düzenli olarak satın almakta olan gerçek veya tüzel kişilerin tümü olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁵. İşçinin, işverenin müşteri çevresi hakkında bilgi edinme imkânının olması için müşterileri tanıyıp olması, istek ve ihtiyaçlarını bilecek konumda bulunması ve bu kişiler hakkındaki bilgilerden ekonomik olarak yararlanabilecek olması gerekmektedir. Düzenli olarak alıcı olmayanlar ile gelecekte müşteri tanımına girmesi beklenenler, rekabet yasağı

¹⁴² Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.76; Taşkent, Kabakçı, s.25.

¹⁴³ Süzek, s.364., aynı yazar, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.459; Tuncay, **Rekabet Yasağı**, s.485; Şahlanan, **Geçerlilik Koşulları**, s.139-140; Taşkent, Kabakçı, s.25; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.949; Uşan, **İş Sırrı**, s.232 vd..

¹⁴⁴ Taşkent, Kabakçı, s.26.

¹⁴⁵ Tunçomağ, **C.I.**, s.522; Süzek, s.364; aynı yazar, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.459; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.50; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.75-76; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.304-305.

bakımından müşteri çevresinden kabul edilmemektedir¹⁴⁶. Bunun yanı sıra işçinin, sadece müşteri listesini veya müşteri isimlerini biliyor olması yeterli değildir. İşçinin, müşterilerle hiçbir kişisel ilişkiye sahip olmaması ya da müşterilerin ihtiyaç ve taleplerini öğrenmemiş olması, işverenin söz konusu işçi ile rekabet yasağı kararlaştırmasında korunmaya değer menfaati bulunmadığını göstermektedir. Fakat somut olaya göre farklı değerlendirme yapılması da mümkündür¹⁴⁷. Zira müşteriler hakkında elde ettiği bu bilgileri kullanması halinde işçi bakımından ekonomik olarak yarar, işveren bakımından ise zarar oluşturma olasılığı ortaya çıkabilir¹⁴⁸. Fakat işçinin kendi çabası ve kişisel yetenekleri sonucu müşteri çevresi edinmiş olması halinde, rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz olacağı kabul edilmektedir¹⁴⁹. Nitekim işveren bakımından ortaya çıkan zarar, işçinin kendi bilgi ve yeteneğini kullanmasının sonucudur. Bununla birlikte tekrar belirtilmelidir ki her somut olay bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması yararlı olacaktır¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340, Rn.9; Bohny, s.93; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.50; Tuncay, **Rekabet Yasağı**, s.484. Daha önceden hiç ilişki kurulmamış olan potansiyel müşteriler bu kapsamda kabul edilemez. Bu görüş için bkz. Taşkent, Kabakcı, s.27. Özel okul, dersane, özel hastane gibi bazı işletmelerde sadece kayıtlı kişiler değil, aile yakınları da istisnaen müşteri kavramına sokulabilecektir. Bu görüş için bkz. Tunçomağ, **C.I**, s.522; Şahlanan, **Geçerlilik Koşulları**, s.140.

¹⁴⁷ Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340, Rn.9; Bohny, 96; Kuhn, s.32; Süzek, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.457; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.75; Taşkent, Kabakcı, s.26-27; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.947.

¹⁴⁸ Şahlanan, **Geçerlilik Koşulları**, s.140. Kanunda müşterilere ait bilgilerin, üretim sırrından ayrı olarak düzenlenmesine rağmen, müşterilere ait bilgilerin de iş sırrı kavramına dâhil olması gerektiğini ileri süren bir görüş de vardır. Gerekçe olarak ise sır niteliği taşımayan bilgilerin işverene önemli bir zarar veremeyecek olması gösterilmektedir. Bu görüş için bkz. Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.51-52. Buna karşılık kanunda her iki kavrama ayrı ayrı yer verilmesini dikkate alan bir başka görüşe göre, müşteri çevresi hakkındaki bilgilerin sır niteliğinde olması gerekmesi bile belirli bir özelliğinin ve ağırlığının olması gerekmektedir. Alelde bilgilerin varlığı halinde rekabet yasağı sözleşmesi yapılması mümkün görülmemektedir. Bu görüş için bkz. Uşan, **İş Sırrı**, s.233. Benzer görüşe göre, müşteri çevresi sır niteliği taşımasa bile işçinin, iş sözleşmesi devam ederken müşteri çevresini tanıması ve bunu iş sözleşmesi sona erdikten sonra işveren zararına kullanabilme olasılığı rekabet yasağı yapılması için yeterlidir. Bkz. Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.76; Manav, **Rekabet**, s.337.

¹⁴⁹ Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340, Rn.10; Bohny, s.94; Tunçomağ, **C.I**, s.523; Tuncay, **Rekabet Yasağı**, s.484-485; Süzek, s.364-365; aynı yazar, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.459; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.947. Taşkent, Kabakcı ise işçinin kendisi tarafından geliştirilen iş sırları ile müşteri çevresine ilişkin bilgilerin, yapılacak rekabet yasağı sözleşmesini hukuka uygun kılacağını ileri sürmektedir. Bu görüş için bkz. Taşkent, Kabakcı, s.25.

¹⁵⁰ Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340, Rn.10; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.947.

(3) İşverenin Yaptığı İşler Hakkında Bilgi Edinme İmkânı

Türk Borçlar Kanunu m.444/2’de, rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilmesi için öngörülen diğer bir sınırlama ise işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânıdır. Fakat doktrinde haklı olarak, bu şartın kapsamının oldukça geniş olduğuna dair eleştiri getirildiği belirtilmelidir. Bu nedenle bu sınırlama, mümkün oldukça dar yorumlanmalıdır¹⁵¹. Gerçekten de vasıflı ya da vasıfsız herhangi bir işçi, işyerinde çalışırken işle ilgili birçok bilgi edinebilecektir. Dolayısıyla önemli olan ölçüt, işçinin işverenin işi ile ilgili öğrendiği bilginin, işverenin menfaatinin korunmasına değer nitelikte olmasıdır. Bu nitelikteki bilgiler somut olaya göre değişebilmekle birlikte, teknik, finansal veya personele dair sır niteliğine sahip bilgiler olarak açıklanabilecektir¹⁵². Örneğin İsviçre Hukuku’nda, işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme kavramı yerine, daha dar bir kapsama sahip olan “*ticari sırlar*” ifadesi tercih edilmektedir¹⁵³.

Korunmaya değer bir menfaatin mevcut olduğunu ispat yükü işverendedir. Yine işçinin, sır niteliğindeki bilgilere ulaşma imkânına sahip olduğunu da işveren ortaya koymalıdır¹⁵⁴. İşveren, işçinin faaliyetinin rekabet anlamında kendisi için tehlike oluşturduğunu ortaya koyamazsa, işçi bakımından rekabet yasağı bağlayıcı olmayacaktır. Örneğin işverenin, rekabet yasağı konusu yapılan üretim sırlarına ilişkin olarak işçinin bilgi edinme imkânı olan bir pozisyonda çalışıyor olduğunu ispatlaması gerekmektedir¹⁵⁵.

b. İşçinin Edindiği Bilgilerin İşverenin Önemli Bir Zararına Neden Olacak Nitelikte Olması

Türk Borçlar Kanunu m.444/2 uyarınca, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, işçinin üretim sırları, müşteri çevresi ve işverenin yaptığı işler

¹⁵¹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.305; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.948.

¹⁵² Tunçomağ, **C.I.**, s.522; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.948.

¹⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340, Rn.11-12. Türk-İsviçre Hukuku bağlamında, ticari sır kavramı ile iş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olacak rekabet yasağı sözleşmesi ile sır saklama sözleşmesinin farkları ve kesiştiği noktalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ZK-Staehelin, Art.321/a, OR N.47; Doğan Yenisey, Öztürk, s.424 vd..

¹⁵⁴ Taşkent, Kabakcı, s.25; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.948.

¹⁵⁵ ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.2; Laskawy, s.1013; 92.

hakkında bilgi edinme imkânı olması yeterli değildir. İşçinin işyerinde edindiği bu bilgileri iş sözleşmesi sona erdikten sonra kullanması halinde kanun koyucu, işverenin önemli bir zarara uğrama olasılığının bulunmasını da açıkça şart koşturmaktadır. Nitekim işçi, işyerinde çalışırken üretime veya müşteri çevresine ya da işverenin yaptığı işe ilişkin birçok önemli ya da önemsiz bilgiye sahip olabilecek ve bu bilgileri çalışma hayatının devamında kullanması her zaman ihtimal dâhilinde olacaktır. Dolayısıyla her türlü zarar verme olasılığı değil, işçinin edindiği bilgilerin, işverene “önemli” bir zarar verebilecek niteliği haiz olması aranmaktadır¹⁵⁶. Aksi halde rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz olacaktır.

Rekabet yasağının geçerli olabilmesi için ortaya fiilen bir zarar çıkmış olması aranmamaktadır. İşverene önemli bir zarar verme olasılığının bulunması yeterli görülmektedir¹⁵⁷. İşverene verilen veya verilme olasılığı olan zararın önemli ölçüde olup olmadığını, hâkim somut olayın özelliklerine göre takdir edecektir¹⁵⁸. Nitekim önemli olmayan boyuttaki zarar olasılığının, işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması karşısında korunmaya değer olmadığı kabul edilmektedir. Örneğin işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra gerçekleştirdiği faaliyetlerin işverende sadece huzursuzluk yaratıyor olması yeterli görülmemelidir. Fakat işletmenin fiziki veya ekonomik büyüklüğüne göre önemli olma derecesi değişebileceğinden ötürü, bu değerlendirme için sıkı şartlar aranmaması gerektiğine de dikkat çekilmektedir¹⁵⁹. Dolayısıyla işletmenin büyüklüğü veya zararın önlenabilir

¹⁵⁶ Streiff/ von Kaenel/Rudolph, Art 340, N.15; Bohny, s.108 vd.; Ayiter, s.469; Süzek, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.460; Tuncay, **Rekabet Yasağı**, s.486; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.78; Taşkent, Kabakcı, s.27; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.946.

¹⁵⁷ Bohny, s.109; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340, Rn.15; Süzek, s.365; aynı yazar, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.460; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.58; Taşkent, Kabakcı, s.27. Buna karşılık bir Yargıtay kararında, işçinin vakıf olduğu ticari sır niteliğindeki bilgilerden dolayı işverenin zarar görebileceği olasılığı yeterli görülmemiştir: “...Yine, davalının davacı firmada çalışırken edindiği ticari sır niteliğindeki bilgileri ne şekilde kullandığı ve davacı şirketin bu yolla ne tür bir zarara uğradığı iddia ve ispat edilmeksizin, sadece davalının vakıf olduğu ticari sır niteliğindeki bilgilerden dolayı davalının zarar görebileceği varsayımına dayalı mahkemenin kabul gerekçesi de isabetli olmayıp, hükmün davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir...”. Bu karar için bkz. Y.11.HD., T.01.07.2014, E.2014/6520, K.2014/12577, (Çevrimiçi) www.lealbank.net, 01.03.2109.

¹⁵⁸ Bir görüşe göre, işçinin üretim sırrı, müşteri çevresi ve işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinebilecek olması halinde, işverene önemli zarar verme olasılığının karine olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu görüş için bkz.Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.78; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.949.

¹⁵⁹ Taşkent, Kabakcı, s.28.

olması önemli değildir; zararın kolaylıkla telafi edilemeyecek olması aranmaktadır¹⁶⁰. Kuşkusuz işçinin çalışırken edindiği bilgiler ile zarar tehlikesi arasında illiyet bağı bulunmalıdır¹⁶¹.

İşçi tarafından edindiği bilgileri kullanması halinde işverenin önemli bir zarara uğrama olasılığına örnek olarak, müşterilerin ayartılması, üretim sırlarının işçi veya bu bilgileri paylaştığı üçüncü kişi tarafından kullanılması sonucu işverenin piyasadaki rekabet gücünün azalmasına yol açılması ve buna bağlı olarak kazancında ve sipariş sayısında düşüş yaşanması gösterilmektedir¹⁶².

6. Kanunda Yer Alan Geçersizlik Hallerini Taşımaması

Türk Hukuku'nda, TBK m.444'de yer alan geçerlilik şartlarını taşımayan rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz sayılmaktadır. Alman Hukuku'nda da BGB m.74/a, 2'de, rekabet yasağının sadece bağlayıcı olmadığı hallere değil, geçersiz sayıldığı hallere de yer verilmiştir. Uygulamada bu haller kapsamında, reşit olmayanlarla yapılan rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz kabul edilmekte olup, yasal temsilcisinin sonradan icazet vermesi ya da bu sözleşmeyi temsilen imzalaması geçerli kabul edilmemektedir¹⁶³. Bu durumda reşit olmayanlarla rekabet yasağı sözleşmesi yapılması geçersiz olmakla birlikte, ergin olduktan sonra geçerli olacak bir sözleşme için ise ergin olduktan sonra kanundaki şartlara uygun yeni bir sözleşme yapılması gerekecektir¹⁶⁴. Dolayısıyla sözleşme yapıldıktan sonra ergin olmak veya gelecekte ergin olunca geçerli olacak bir sözleşme imzalamak mümkün görülmemektedir. Bu halde sözleşmenin geçerliliği için dikkate alınacak zaman dilimi, imza anıdır¹⁶⁵. Buna ek olarak rekabet yasağının yazılı şekil şartına uymaması veya ahlaka aykırılık halleri içeren sözleşme yapılması, rekabet yasağının geçersizliğine yol açabilecektir.

¹⁶⁰ Bohny, s.109; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340, Rn.15; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.58.

¹⁶¹ Bohny, s.110; Streiff/von Kaenel, Art 340, Rn.14; Tunçomağ, **C.I**, s.522; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.58; Manav, **Rekabet**, s.342. Aksi görüşte bkz. Ayiter, s.469.

¹⁶² Süzek, s.365; Taşkent, Kabakcı, s.27; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.948-949.

¹⁶³ Erfk./Oetker, §74/a HGB, Rn.7; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74/a, Rn.9; Grunsky, s.30; Hamann, Rudnik, s.346. Türk Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Ayiter, s.466.

¹⁶⁴ Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74/a, Rn.9; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.56.

¹⁶⁵ Grunsky, s.30; Buchner, s.128.

Rekabet yasağının geçersizliği halinde, TBK m.27/2 uygulama alanı bulacaktır. Buna göre sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Fakat bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur. Bununla beraber işverenin, rekabet yasağı hakkındaki sözleşmenin hükümsüz olduğunu bilse idi bu sözleşmeyi hiç yapmayacağı tespit edilebiliyorsa, iş sözleşmesinin tamamı kesin hükümsüz olacaktır¹⁶⁶.

7. Rekabet Yasağı Sözleşmesi Yapma Yasağı Bulunmaması

İş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olacak rekabet yasağı sözleşmesi/kaydı TBK m.444-448 arasında düzenlenmiştir. Fakat bu yasağın uygulanması her iş ilişkisi bakımından geçerli değildir. Mevzuatta rekabet yasağı anlaşması yapılmasına ilişkin bir yasak olması durumunda, bu sözleşme geçersiz sayılacaktır.

Mevzuatımızda rekabet yasağı yapılmasına ilişkin açık bir yasak Basın İş Kanunu'nda yer almaktadır. Basın İşK. m.13/2 uyarınca, gazetecinin iş sözleşmesinin feshinden sonraki zaman için mesleğini icra etme serbestisini sınırlayan hükümler hükümsüzdür. Dolayısıyla Basın İş Kanunu kapsamındaki gazeteciler için somut olayda TBK m.444 ve devamındaki şartlar mevcut olsa bile, rekabet yasağı sözleşmesi yapılamayacak olup; yapılması halinde ise geçersiz sayılacaktır¹⁶⁷.

D. İşçinin Ekonomik Geleceğinin Hakkaniyete Aykırı Şekilde Tehlikeye Düşürülmemesi

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sadece işverenin korunmaya değer haklı menfaatinin gözetilmesi yeterli değildir¹⁶⁸. Şöyle ki uygulamada, genellikle işçinin tecrübe kazandığı veya eğitimini aldığı alanda

¹⁶⁶ Ayiter, s.467. Alman Hukuku'nda kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımı BGB m.139'da, mehz İsviçre Hukuku'nda ise OR m.20'de düzenlenmektedir.

¹⁶⁷ Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.39; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.945; Manav, **Rekabet**, s.326.

¹⁶⁸ Grunsky, s.53-54; Schwedes, s.101.

çalışması, rekabet yasağı sözleşmesi yapılması yoluyla engellenmektedir. Özellikle rekabet yasağı kararlaştırılması halinde, mevzuatımızda işverence karşı edim ödenmesi zorunluluğu olmaması nedeniyle, işçi çoğu kez herhangi bir karşılık dahi almadan mesleğinde çalışamaz duruma gelmektedir¹⁶⁹. Dolayısıyla tüm bu sakıncalar gözetilerek, rekabet yasağına TBK m.445/1 (HGB m.74/a) uyarınca, sınırlama getirilmesi aranmaktadır¹⁷⁰.

İşçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşüp düşmediğinin belirlenmesinde, işverenin bu yasağı getirmek istemesindeki haklı menfaatinin yanı sıra, işçinin menfaatlerinin de dikkate alınması gerekmektedir¹⁷¹. Zira rekabet yasağı işçinin, Anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğüne, bununla bağlantılı olarak da işçinin ekonomik geleceğine etki etmektedir. Dolayısıyla TBK m.445/1 uyarınca, işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürülmemesi amacıyla rekabet yasağına, yer, zaman ve işin türü bakımından uygun sınırlamalar getirilmesi gerekmektedir. Aksi halde rekabet yasağı sözleşmesi işçiyi bağlayıcı değildir¹⁷². Ayrıca aynı fıkranın devamında, rekabet yasağının süresinin, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacağı düzenlenmiştir. Bu hükmün amacı, işçi ve işverenin karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesidir¹⁷³.

¹⁶⁹ ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.3; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74/a, Rn.6; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.950; Taşkent, Kabakçı, s.33; Manav, **Rekabet**, s.343.

¹⁷⁰ Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, maddenin lafzı başarısızdır. Zira maddede sayılı sınırlandırmaların getirilmesinin zorunlu olmadığı, ancak getirilmesi halinde uygun olması gerektiği şeklinde yanlış bir izlenim uyandırılmaktadır. Kanaatimizce BK m.349'un rekabet yasağının geçerli olacağı hali belirleyen olumlu lafzı daha isabetli idi. Bu görüş yönünde ayrıca bkz. Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.950-951.

¹⁷¹ ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.3; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74/a, Rn.6; Buchner, s.140. BK döneminde bir görüş tarafından, rekabet yasağının sınırlandırılmasına ilişkin 349.maddede “muteber” kelimesi kullanıldığından, kavramlar arasında bir ayırım yapılması gerektiği belirtilmekteydi. Bu ayırma göre, BK m.348 uyarınca işverenin korunmaya değer haklı menfaati bulunması geçerlilik ile ilgili olup, BK m.349 uyarınca işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürmeyecek sınırlamalar getirilmesi ise bağlayıcılık ile ilgilidir. Dolayısıyla kanunun, 349.madde ile geçerli bir sözleşmenin hangi sınırlar içinde bağlayıcı olacağını saptadığı ifade edilmekteydi. Bu nedenle iki kavram arasında denge kurmaya çalışmanın, kanunun sözü ve amacı ile bağdaşmadığı; zira kanunda işverenin haklı menfaati ile işçinin ekonomik geleceğinin karşılıklı değerlendirilmeye tutulmasının aranmadığı ifade edilmekteydi. Bu görüş uyarınca kanun koyucu, geçerlilik için işverenin menfaatlerini, bağlayıcılık için ise işçinin ekonomik geleceğini bağımsız olarak düzenlemişti. Bkz. Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.59 vd..

¹⁷² Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.64; Süzek, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.460.

¹⁷³ Taşkent, Kabakçı, s.29.

İşçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürülüp düşürülmediğinin değerlendirilmesinde, somut olaya göre bütün şartlar geniş kapsamda ele alınmalıdır. Örneğin, işçinin yaşı, mesleki bilgi ve tecrübesi, çalışma pazarının durumu ve işçinin sahip olduğu vasıflar nedeniyle mesleğini ifa etme imkânı, çalışma süresine bağlı taleplerde kayıp yaşanıp yaşanmadığı, maddi durumu ve en önemlisi işverenin yasak süresince bir karşı edim yükümlülüğü altına girip girmediği bu tespitte dikkate alınması gereken ölçütlerdendir¹⁷⁴. Rekabet yasağı bağlamında, hukukumuzda işverenin karşı edim yükümlülüğü altına girmesi zorunlu değildir, fakat TBK m.445/2’de rekabet yasağına ilişkin sınırlandırmaların değerlendirilmesinde dikkate alınabilecek bir ölçüt olarak belirlenmiştir. Mehaz İsviçre OR m.340, a’nın ikinci fıkrasında da karşı edim, sadece hâkimin aşırı nitelikteki rekabet yasağını değerlendirirken dikkate alacağı bir ölçüt olarak düzenlenmiştir. Daha önce belirtildiği üzere, karşı edim Alman Hukuku’nda bir geçerlilik şartıdır¹⁷⁵.

Alman Hukuku’nda HGB m.74/a, 1’in ikinci cümlesi uyarınca, rekabet yasağı kararlaştırıldığında karşı edim ve somut olaya ilişkin tüm koşullar dikkate alınarak, işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı şekilde güçleştirildiği tespit edilirse, yasak bağlayıcı olmayacaktır. Yani rekabet yasağı sözleşmesi konu, yer ve süre bakımından işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek sınırlamalar içermedikçe, işçi bakımından bağlayıcı olacaktır¹⁷⁶. Yine HGB m.74/a’da sayılı koşullar bakımından, işçinin yaşı, mesleki pozisyonu, kendi meslek grubu içindeki yeri, karşı edimin miktarı gibi somut olaya özgü haller dikkate alınarak, rekabet yasağının hakkaniyet sınırlarına uygun bir karşı edim içerip içermediği tespit edilecektir¹⁷⁷. Rekabet yasağı sözleşmesinde öngörülen sınırlamalar ne kadar fazla ise karşı edimin de o kadar yüksek belirlenmesi olağan kabul edilmektedir¹⁷⁸. Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmesinde konu, yer ve süre sınırlamasının açık bir şekilde

¹⁷⁴ Bohny, s.118-120; Tunçomağ, **C.I.**, s.501; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.61-63; Tuncay, **Rekabet Yasağı**, s.487; Keser, **Rekabet Yasağı**, s.95.

¹⁷⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 3. Bölüm, I, C, 4.

¹⁷⁶ MüArbR/Wank, §107, Rn.15; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74/a, Rn.6; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.62; Grunsky, s.52; Laskawy, s.1013; Schwedes, s.101.

¹⁷⁷ Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74/a, Rn.6; Laskawy, s.1013; Hamann, Rudnik, s.345-346. Türk Hukuku’nda aynı yönde bkz. Taşkent, Kabakçı, s.33.

¹⁷⁸ Grunsky, s.54-55; Schwedes, s.101-102; Buchner, s.139-140. Bu yönde bkz. BAG, Urteil vom 21.04.2010, 10 AZR 288/09, NZA, 2010, Heft 20, s.1175-1177.

yapılması hem şeffaflık denetimi bakımından hem de işverenin rekabet yasağına uyulmasını talep edebilmesi için önemi haizdir¹⁷⁹.

Rekabet yasağına yer, zaman ve işin türü bakımından getirilmesi öngörülen sınırlamalar birbirinden bağımsız olarak görülmemelidir. Zira her birinin uygun bir sınırlama olup olmadığı, diğer sınırlama dikkate alınarak değerlendirilmelidir¹⁸⁰. Bu noktada akla gelen bir soru ise her üç sınırlandırmanın da mutlak olarak sözleşmede yer alması gerekip gerekmediğidir. Doktrinde katıldığımız bir görüşe göre, işyeri kavramının özellikle son yıllarda teknolojik gelişmeler sonucunda fiziksel olarak önemini kaybetmesi dolayısıyla, sözleşmede yer sınırlaması bulunmaması, sözleşmenin/kaydın geçersiz olduğu sonucunu doğurmamalıdır. Fakat kanunun lafzı, süre sınırının mutlak olarak bulunmasını gerektirmektedir¹⁸¹. Bunun nedeni olarak ise yasağın kapsamı konusunda işçinin bilgi sahibi olmasının sağlanması gösterilmektedir¹⁸². Diğer bir görüşe göre ise rekabet yasağı sözleşmesinin her üç konuda da sınırlama içermesi zorunludur; aksi halde sözleşme geçersiz kabul edilmektedir¹⁸³. Fakat belirtilmelidir ki kanunda yer alan bu sınırlamalar, geçerlilik şartı olarak düzenlenmemiştir; sadece hükmün bağlayıcılığı bakımından önemlidir¹⁸⁴.

TBK m.445/2 ile hâkime, birinci fıkradaki sınırlamalara aykırı düzenlemeleri, bütün koşul ve durumları serbestçe değerlendirmek ve varsa işverenin üstlendiği karşı

¹⁷⁹ Straube, s.118. Alman Federal İş Mahkemesi'nin 2015 tarihli bir kararında, rekabet yasağının konu sınırlamasının şeffaflığına ilişkin denetim yapılmıştır. Yargı kararına konu olan somut uyuşmazlıkta, işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği zamanda üretilen, geliştirilen ve pazarlanan tipteki makineleri üreten, geliştiren veya pazarlayan rakip işletmede iki yıl boyunca doğrudan veya dolaylı olarak çalışmayacağı, rakip işletme kuruluşunda yer almayacağı veya kuruluşa katılmayacağı, herhangi bir şekilde destek olmayacağı şeklinde hüküm yer alan rekabet yasağı sözleşmesi mevcuttur. Mahkeme, BGB m.307/1'e dayanarak yaptığı genel işlem koşulu denetiminde söz konusu hükmün yeterince anlaşılır ve şeffaf olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, rekabet yasağında kararlaştırılan söz konusu hükmün kanunda yer alan, işverenin haklı ekonomik menfaatinin korunması şartına uyduğunu da kararlaştırmıştır. Dolayısıyla uyuşmazlık kapsamında işçi, rekabet yasağına rağmen rakip bir işletmenin kuruluşu için faizsiz kredi vererek finansal destekte bulunduğundan, rekabet yasağına aykırı davranmış olup, rekabet yasağına uyduğunu iddia ederek işverenden karşı edim talep etmesi haksız bulunmuştur. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 07.07.2015, 10 AZR 260/14, NZA, 2015, Heft 20, s.1253-1256.

¹⁸⁰ Örneğin, yer kapsamı olarak dar bir sınırlama getirilmesine rağmen, süre uzun belirlenmişse hukuka uygun kabul edilebilecektir. Bkz. Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.64; Taşkent, Kabakçı, s.29.

¹⁸¹ Alpogut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.951.

¹⁸² Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.64.

¹⁸³ Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340 a, Rn.7; Buchner, s.51; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.64-65; Uşan, **İş Sırrı**, s.236.

¹⁸⁴ Taşkent, Kabakçı, s.29-30; Tuncay, **Rekabet Yasağı**, s.487-488.

edimi de hakkaniyete uygun olarak dikkate almak suretiyle sınırlandırma yetkisi verilmiştir. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere hâkim, aşırı bulduğu sözleşme şartlarına müdahale ederken, hakkaniyet çerçevesinde hareket eder. Bir görüşe göre sözleşmede yer, konu veya süre sınırına hiç yer verilmemiş olması halinde, hâkimin sınırlama getirmesinin isabetli olmayacağı kabul edilmektedir¹⁸⁵.

Söz konusu ölçütler dikkate alınırken, işçinin ekonomik geleceği bakımından rekabet yasağı anlaşmasının yapıldığı zaman dilimi değil, iş sözleşmesinin sona erme anının belirleyici olacağı savunulmaktadır¹⁸⁶. TBK m.445/1'in, işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşmesini önleme amacı gözetildiğinde, hâkimin herhangi bir şüphe halinde hükme aykırılık olduğu şeklinde yorum yapması gerekmektedir¹⁸⁷.

Bu başlık altında, TBK m.445/1 çerçevesinde işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmemek amacıyla rekabet yasağına getirilecek süre, yer ve konu (*işin türü*) sınırlamaları ayrı ayrı incelenecektir.

1. Süre Bakımından Sınırlama

Türk Borçlar Kanunu m.445/1 uyarınca, rekabet yasağının süresi özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacaktır¹⁸⁸. Alman BGB m.74/a, 1'in üçüncü cümlesinde de rekabet yasağı sözleşmesinin, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren en fazla iki yıl süre ile yapılabileceği düzenlenmektedir. Türk Hukuku'nda bu sürenin hangi tarihten başlayacağına yer verilmemiş olsa da iş sözleşmesinin sona

¹⁸⁵ Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340 a, Rn.7; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.64-65.

¹⁸⁶ BAG, Urteil vom 21.04.2010, 10 AZR 288/09, NZA, 2010, Heft 20, s.1175-1177. Ayrıca bu konuda bkz. Grunsky, s.55; Rehbinder, s.517.

¹⁸⁷ Süzek, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.460.

¹⁸⁸ BK m.349'da süre bakımından uygun bir sınırlama yapılmasından söz edilmekle birlikte, herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bu düzenleme doktrinde bir görüş tarafından, rekabet yasağının süre sınırlandırmasının mutlak olarak tespiti imkânsız görülerek isabetli kabul edilmiştir. Bkz. Taşkent, Kabakcı, s.30. Ayrıca bkz. Ayiter, s.472. Süre bakımından BK'da azami bir süre yer almamasını, makul sürenin her somut olay bakımından tespitinin kolay olmayacağı gerekçesiyle eleştiren görüş de vardı. Bkz. Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.65. Başka bir yazar ise BK döneminde, rekabet yasağının süre bakımından üst sınırının tespitinde, toplu iş sözleşmesinde bir hüküm öngörülmüş ise toplu iş sözleşmesinin süresi kanun ile sınırlandırıldığından sorun doğmayacağını belirtmektedir. Fakat toplu iş sözleşmesi yoksa, on yıldan uzun süreli sözleşme kararlaştırılamayacağına dair 818 sayılı Kanun m.343'den yararlanılabileceğini savunmaktadır. Hakkın kötüye kullanılması halleri ise saklıdır. Bu görüş için bkz. Doğan Yenisey, **Tek Taraflı Değişiklik**, s.1193.

erdiği tarihten başlayacağı kabul edilmektedir¹⁸⁹. Zira bahis konusu olan iş ilişkisi sona erdikten sonra rekabetin belirli bir süre önlenmesidir¹⁹⁰. Türk ve Alman Hukuku'ndaki süre bakımından benzerliğe karşılık, İsviçre Hukuku'nda Borçlar Kanunu m.340/a, 1 uyarınca özel haller söz konusu olmadıkça, rekabet yasağının süresinin üç yılı aşamayacağına yer verilmiştir. Hukukumuz bakımından rekabet yasağı süresinin, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'na nazaran daha kısa belirlenmesi, işçinin ekonomik geleceği dikkate alındığında daha isabetlidir¹⁹¹.

Kanun koyucu, rekabet yasağı bakımından süre sınırlaması getirmek suretiyle, iki yılı aşan sürelerin, işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşüreceğini varsaymıştır. Gerçekten de işçinin, dilediği işte çalışma ve dilediği işveren ile sözleşme yapma özgürlüğünün, uzun yıllar rekabet yasağı sözleşmesi yoluyla sınırlandırılması hem işverenin haklı menfaatinin korunması amacıyla örtüşmez hem de işçinin ekonomik geleceğini zedeler¹⁹².

Türk Borçlar Kanunu ile İsviçre Borçlar Kanunu'nda, rekabet yasağına ilişkin kanuni sınırın bir halde aşılabileceğine dikkat çekilmiştir. Bu hal “*özel durum ve koşullar*” şeklinde muğlak bir ifadeye sahiptir. Dolayısıyla bu ifadenin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Doktrinde, işçinin işyerindeki konumunun, uzmanlığının veya teknik iş sırlarına hâkim bir konumda çalışmış olmasının, özel durum ve koşullar içinde sayılabileceği kabul edilmektedir¹⁹³. Şüphesiz üst kademedede çalışan ve işyerinin üretim ve teknik sırlarına hâkim olan bir işçi ile normal bir pozisyonda çalışan işçi arasında, rekabet yasağının sınırları bakımından fark olması olağandır¹⁹⁴. Özel durum ve koşul bağlamında, müşteri çevresi ile teknik sırlara ilişkin bilgi sahibi olunabilecek pozisyonlarda çalışma arasında da süre bakımından farklılık olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, üretime ilişkin sırlara vakıf olmak, müşteri çevresi hakkında bilgi sahibi olmaya göre daha uzun bir rekabet yasağı

¹⁸⁹ Süzek, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.460; Yıldız, s.48.

¹⁹⁰ Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340 a, Rn.10; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.65; Süzek, s.366.

¹⁹¹ Süzek, s.366; Ekmekçi, **Türk Borçlar Kanunu**, s.175.

¹⁹² Taşkent, Kabakçı, s.30.

¹⁹³ Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.80; Taşkent, Kabakçı, s.30; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.155-156.

¹⁹⁴ Taşkent, Kabakçı, s.30.

sözleşmesi yapılmasını hukuka uygun kılabilir. Nitekim üretim sırlarının patente bağlanması veya ticari alanda kullanımı daha uzun bir süre gerektirmektedir¹⁹⁵. İki yılı aşan rekabet yasağı sözleşmesi yapılması halinde, somut olayda özel durum ve koşulların bulunduğunu işveren ispat etmekle yükümlüdür¹⁹⁶.

TBK m.445/2’de, hâkimin rekabet yasağına müdahale imkânı olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla özel durum ve koşullar olmaksızın, rekabet yasağına ilişkin kanuni süre sınırının aşılması halinde, rekabet yasağına ilişkin klozun geçersiz olmayacağı kabul edilmektedir. Hâkim, müdahalede bulunarak, bu süreyi kanuni sınırlar içine çekebilecektir¹⁹⁷. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’nda bu düzenleme m.340/a’da yer almaktadır. Alman Hukuku’nda ise doktrinde, rekabet yasağı süresinin, kesintiler yoluyla uzatılamayacağı ve kanuni süre sınırlamasından daha uzun olarak kararlaştırılan sürenin bağlayıcı olmayacağı ifade edilmektedir¹⁹⁸. Bununla birlikte rekabet yasağının geçerli olacağı sürenin, kanundaki süreden uzun belirlenmesi halinde, sözleşmenin tamamen geçersiz olmayacağı da genel olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla kanunu aşan sürenin somut olayın özellikleri dikkate alınarak, uygun bir süreye indirilmesi gerekmektedir¹⁹⁹. Ayrıca tarafların geniş kapsamlı bir rekabet yasağı sözleşmesi imzalamaları halinde, yasağın süresinin kısa tutulması bu sözleşmenin geçerli sayılmasına yardımcı olacaktır²⁰⁰.

2. Yer Bakımından Sınırlama

Rekabet yasağının geçerli olabilmesi için, TBK m.445/1 uyarınca sözleşmede yer bakımından sınırlama getirilmesi gerekmektedir. Sözleşmede getirilecek

¹⁹⁵ Taşkent, Kabakçı, s.30; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.308; Yıldız, s.48; Manav, **Rekabet**, s.346. BK döneminde, kanunda azami süre sınırı olmamasından yola çıkarak, bu görüşü savunan; fakat her somut olayın ayrıca incelenmesi gerektiğine dikkat çeken yazarlar için bkz. Tunçomağ, **C.I**, s.500; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.64.

¹⁹⁶ Alpogut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.951; Yıldız, s.48.

¹⁹⁷ Alpogut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.951.

¹⁹⁸ ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.4; Grunsky, s.55-56.

¹⁹⁹ ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.4; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.63; Grunsky, s.55-56; Hamann, Rudnik, s.346. Benzer yönde bkz. bkz. Reinhard, s.298; Laskawy, s.1013. Doktrinde iki yılı aşkın olan sürenin geçersiz olacağı; dolayısıyla iki yıldan uzun süre belirlenmesi halinde kanundaki iki yıllık sürenin geçerli kabul edileceği yönünde bkz. MüArbR/Wank, §107, Rn.16; Buchner, s.144.

²⁰⁰ Bauer, Diller, s.125.

sınırlandırma, coğrafi bölge veya şehir olarak belirlenebilecektir. Fakat bu noktada önemli olan ölçüt, işçinin elde ettiği bilgileri rekabet amaçlı kullanmasının önlenmesi amacıyla kararlaştırılan yasağın, işverenin fiilen zararına yol açabilecek alanla sınırlı tutulmasıdır. Böylelikle geniş bir rekabet yasağı alanı belirlenmesi halinde, işverenin korunmaya değer haklı menfaati olmadığı ifade edilebilecektir. Nitekim işçinin, işverenin faaliyet alanı dışında bu bilgileri kullanması işverenin zararına neden olmayacaktır²⁰¹. Ayrıca işverenin faaliyet alanı ile sınırlı yasak getirilmesi halinde işçinin, ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürülmesinin önüne geçilmiş olacaktır²⁰². Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmesinde, örneğin Marmara Bölgesi ile sınırlı faaliyet alanı olan bir işveren, tüm Türkiye şeklinde bir rekabet yasağı alanı belirleyemeyecektir²⁰³. Dolayısıyla rekabet yasağının bağlayıcı olması için yer bakımından kapsamı, işverenin faaliyet alanı ile sınırlı olmalıdır.

Rekabet yasağının yer bakımından sınırlandırılmasında ölçüt, işverenin faaliyet alanıdır. Buna rağmen işverenin faaliyetlerinin etki alanının geniş olduğu istisnai hallerde, işçinin elde ettiği bilgilerle örneğin, işverenin müşteri çevresini elinden alma olasılığı yüksek olabilir. İşte bu gibi hallerde, rekabet yasağına işverenin faaliyet alanını aşacak şekilde daha geniş kapsamda sınırlama getirilebilecektir²⁰⁴. Aynı şekilde işçinin rekabet edici davranış içine girdiği rakip firmanın da başka bölgede kurulu olmasına rağmen, yasağı dâhil bölgede etkili faaliyetlerinin olması mümkündür²⁰⁵. Bunun sonucu olarak rekabet yasağına ilişkin yer sınırlamasının ikamet esasına değil, pazar esasına göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁰⁶. Bunun yanı sıra rekabet yasağı sözleşmesi muhtemel değil, mevcut müşterilerle ilişkilerin korunmasını sağlayacağından, belirlenen yer sınırları içindeki mevcut

²⁰¹ Bohny, s.125; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340 a, Rn.2; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.66; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.306; Taşkent, Kabakçı, s.31; Süzek, s.366; aynı yazar, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.461; Yıldız, **Sözleşmesel Kayıtlar**, s.50.

²⁰² Laskawy, s.1013; Taşkent, Kabakçı, s.31.

²⁰³ Yine benzer şekilde, Almanya bakımından verilebilecek bir örneğe göre, sadece Baviera eyalet sınırlarında faaliyet gösteren bir işletmenin çalışanı için, tüm Almanya ya da Avrupa sınırlarında geçerli olacak yer kapsamı belirlenemeyecektir.

²⁰⁴ Laskawy, s.1013; Bauer, Diller, s.120. Bu hususun, yüksek düzeyde uzmanlaşmanın olduğu haller için geçerli olacağı şeklinde bkz. Ayiter, s.472-473; Taşkent, Kabakçı, s.31.

²⁰⁵ Bohny, s.126; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340 a, Rn.2.

²⁰⁶ Bauer, Diller, s.120; Taşkent, Kabakçı, s.31.

müşterilerle rekabet oluşturacak ilişkileri yasaklamaktadır²⁰⁷. Yine işverenin, ileride faaliyette bulunmayı planladığı veya amaçladığı yerler rekabet kapsamına alınamayacaktır²⁰⁸. Ayrıca belirtilmelidir ki işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra, fakat henüz rekabet yasağı sürerken işverenin faaliyet alanında meydana gelen değişiklikler, işçinin sözleşme ile belirlenen rekabet yasağının yer sınırlamasına herhangi bir etkide bulunmayacaktır²⁰⁹. Fakat kanaatimizce bu yorum, işverenin faaliyet alanının genişlemesi ile sınırlıdır. Buna karşılık işverenin faaliyet alanının daralmasına ilişkin değişiklikler, işverenin bu alanda rekabet yasağını sürdürmesinde menfaati kalmadığı için, rekabet yasağının yer sınırına da daralma olarak yansıtılmalıdır.

Yargıtay'ın rekabet yasağının yer bakımından sınırlandırılmasına ilişkin olarak 1999 yılında verdiği bir karar çerçevesinde, doktrinde iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Kararda “*Türkiye’deki tüm bankalar*” şeklinde sınırlama getirilmesi, Yüksek Mahkeme tarafından, yer ve bankaya ilişkin sınırlama içermediği gerekçesiyle, işçinin ekonomik bakımdan geleceğine etki edecek bir düzenleme olarak kabul edilmiştir²¹⁰. Bu kararı hukuka uygun bulan görüşe göre, rekabet yasağının tüm ülkeyi kapsaması, işçinin ekonomik geleceğinin yok edilmesi anlamına gelebilecektir. Bu nedenle bölge sınırlamasını aşacak şekilde yer kapsamı belirlenmesi geçerli kabul edilmemektedir²¹¹. Buna karşılık tüm ülkeyi kapsayan rekabet yasağının, işçinin

²⁰⁷ Bohny, s.126; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.66.

²⁰⁸ Taşkent, Kabakcı, s.31; Yıldız, s.50.

²⁰⁹ Uşan, **İş Sırrı**, s.241.

²¹⁰ Bu karar için bkz. Y.9.HD, T.06.07.1999, 8262, 1999/12073 ve kararın incelemesi için bkz. Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.69 vd.. Benzer yönde kararlar için bkz. Y.9.HD., T.24.12.2009, 26954/36971, Legal İHSGHD, S.25, s.361-363.

2006 tarihli başka bir Yargıtay kararında, banka müfettiş yardımcısının, müşterileri tanınması veya iş sırrına ilişkin bilgi sahibi olması ve bu bilgileri kullanmasının işverenin önemli bir zararına neden olup olmayacağı yönlerinden eksik inceleme yapıldığı gerekçesiyle bozma kararı verilmiştir. Bu kararı inceleyen Şahlanan, sözleşmede yer alan Marmara, Ege ve İç Anadolu şeklinde sayılı üç bölgenin bankacılık faaliyetleri açısından çok yoğun olması nedeniyle, bu üç bölgenin tümü için getirilen yasağın, davacının ekonomik geleceğini etkileyecek nitelikte olması dolayısıyla, sözleşmenin geçersiz sayılması yönündeki karşı oy yazısındaki görüşü isabetli bulmaktadır. Ayrıca sözleşmede karşı edim yükümlülüğü de getirilmemiş olması dikkate alınmalıdır. Bahsi geçen karar ve değerlendirmesi için bkz. Y.9.HD., T.23.05.2006, E.2006/6891, K.2006/15193, Şahlanan, **Geçerlilik Koşulları**, s.136-144.

²¹¹ Saymen, s.485; Şahlanan, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.160; Ekonomi, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.165; Çelik, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.169; Güzel, **Değerlendirme 1999, Genel Görüşme**, s.165-166.

ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmeyecekse ve diğer şartların da varlığı halinde, somut olay dikkate alınarak geçerli görülebileceği de ileri sürülmektedir. Bu konuda en iyi örneğin, banka gibi tüm ülkede şubeleri bulunan işletmeler olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla bu tip işletmeler bakımından, rekabet yasağını sadece belirli bir bölge ile sınırlamak herhangi bir anlam ifade etmeyecektir; hatta bu sınırlama klotun fiilen etkisiz kalmasına yol açacaktır²¹². Örneğin, rekabet yasağı için yer kapsamı geniş belirlenirken, süre sınırlaması dar tutularak somut olayın şartları çerçevesinde hakkaniyete uygun bir çözüm getirilmelidir²¹³.

Rekabet yasağının yer bakımından sınırlaması, sözleşmede açıkça belirlenmelidir. Aksi halde klot, TBK m.445/2 uyarınca hâkim tarafından, bütün durum ve koşullar serbestçe değerlendirilerek ve varsa işverenin üstlendiği karşı edim de hakkaniyete uygun şekilde dikkate alınarak, bir sınırlamaya karar verebilecektir²¹⁴. Alman Hukuku'nda ise HGB m.74/a uyarınca, yer sınırlaması bakımından işçinin

Rekabet yasağının tüm Türkiye sınırları içinde geçerli olamayacağı yönünde bir başka Yargıtay kararında "...Dairemizce, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanınmamıştır. Ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından rekabet yasağının Ülke sınırları ile belirlenmesi mümkün olabilecektir. Yine, il sınırları ya da belli bir bölge ile sınırlandırma işin niteliğine göre yerinde görülebilir..." ifadelerine yer verilmiştir. Bu karar için bkz.Y.9.HD., T. 13.06.2008, E. 2007/19368, K. 2008/15558, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 19.06.2018.

²¹² Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.72-73. Bu görüşte ayrıca bkz. Taşkent, Kabakcı, s.31; Tuncay, **Rekabet Yasağı**, s.491.

İsviçre Hukuku'nda ise müşteri çevresi bakımından, işçinin bilgisinin sadece bu çevre ile sınırlı olması dolayısıyla, rekabet yasağının kapsamının da dar tutulması gerektiği; buna karşılık üretime ilişkin teknik ve ticari bilgilere sahip olunması halinde, somut olaya göre işverenin faaliyet alanının tümünü kapsayacak genişlikte bir kapsam belirlenmesinin geçerli olacağı kabul edilmektedir. Bu görüş için bkz. Bauer, Diller, s.120.

Somut olaya göre, tüm Türkiye veya dünya çapında yapılacak bir rekabet yasağı sözleşmesi, karşı edim belirlenmesi ve benzeri unsurlar değerlendirilerek, işçinin ekonomik geleceği ile çalışma ve sözleşme özgürlüğü de dikkate alınmak suretiyle, işverenin ekonomik menfaati ile arasında bir denge de kurulmuş ise istisnai hallerde geçerli olabilecektir. Örneğin, tüm dünyada pazara sahip olan veya tekel durumundaki bir firmanın ürününün formülünü veya üretim sırrını bilen bir üst düzey çalışan ile böyle bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılması, diğer şartların varlığı halinde geçerli olabilecektir. Bu yönde bkz. Ayiter, s.472-473; Uşan, **İş Sırrı**, s.243-244. Ayrıca bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.306-307; Yıldız, s.50. Bu görüşteki bir yazara göre işçinin ekonomik geleceği ve çalışma özgürlüğü gözetilerek, özellikle uluslararası nitelikte faaliyet gösteren işletmelerde çalışanlar için yer kapsamı geniş belirlenebilecekken, bu hallerde konu ve zaman bakımından yasağın kapsamı dar belirlenmelidir. Bu görüş için bkz. Manav, **Rekabet**, s.349.

²¹³ Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.64; Taşkent, Kabakcı, s.31; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.156.

²¹⁴ Bu yönde bir karar için bkz. Y.11.HD., T.30.03.2016, E.2015/8396, K.2016/3470, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 25.04.2019.

ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek nitelikte bir düzenleme getirilmişse işçi, ya rekabet yasağına uyacak ve karşı edimi talep edebilecektir ya da rekabet yasağını reddedebilecek ve sonucunda karşı edim talep etme hakkını yitirecektir²¹⁵. Ayrıca örneğin, tüm Almanya sınırları için kararlaştırılmış bir rekabet yasağı, hâkim tarafından bir eyalet ile sınırlı olacak şekilde takdir edilebilecektir²¹⁶. Kuşkusuz herhalde rekabet yasağı klotunun, işçinin mesleki geleceğinin devamlılığını hakkaniyete aykırı şekilde sınırlandırmaması ve Anayasal sözleşme ve çalışma özgürlüğünün dikkate alınması gerekmektedir²¹⁷.

3. Konu Bakımından Sınırlama

İşçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı şekilde tehlikeye atılmaması için, rekabet yasağı sözleşmesinde, konu bakımından işçinin faaliyet göstermemesi beklenen alanın açıkça sınırlandırılması gerekmektedir. Rekabet yasağının konu olarak sınırının geniş belirlenmesi, bu sözleşmenin yapılması için bulunması gereken bir şart olan, işverenin haklı menfaatini aşacaktır²¹⁸. İşçinin, mesleki eğitimi, işyerindeki hiyerarşik konumu ve o ana kadarki faaliyetleri dikkate alınarak, işverenin işyerinde gördüğü faaliyet alanını ilgilendiren (*tätigkeitsbezogene Konkurrenzklausele*), yani işyerindeki somut görevi ile ilgili sınırlama

²¹⁵ ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.5; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.8; MüArbR/Wank, §107, Rn.39; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.52; Grunsky, s.57; Schwedes., s.121; Buchner, s.144; Laskawy, s.1013; Hamann, Rudnik, s.342.

²¹⁶ ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.5; Reinhard, s.298. İşçi, rekabet yasağının yer bakımından bağlayıcılığının tespiti için, rekabet yasağının süresi başladığında tespit davası açabilecektir. Bu yönde bkz. ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.6.

²¹⁷ Reinhard, s.298; Laskawy, s.1014.

²¹⁸ Yargıtay, konu sınırı içermeyen rekabet yasağı sözleşmesini adeta bir kelepçeleme sözleşmesi olarak nitelendirmektedir: "...işgören her ne sebeple olursa olsun işten ayrıldıktan sonra işverenle aynı sektörde faaliyet gösteren bir başka şirkette üç yıl süre ile her ne nam altında olursa olsun hiçbir görevle çalışmayacağını, böyle bir şirkete ortak olmayacağını ve kişisel olarak böyle bir işle iştigal etmeyeceğini işveren ve ürünleri hakkında öğrendiği tüm ticari bilgileri saklayacağını kabul ve taahhüt eder. Aksi hareketi halinde 200.000 US Doları karşılığı tazminat ödemeyi kabul ve taahhüt eder." hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca herkes çalışma hürriyetine sahip olup uyumsuzluğa uygulanması gereken 818 Sayılı Kanunun 19, 20, 155, 161 ve TMK'nın 23. maddeleri karşısında davalının sözleşmenin sona ermesinden sonra 3 yıl süre ile aynı alanda faaliyet gösteren bir başka şirkette hiçbir görevde çalışmaması bir rekabet etmeme koşulu değil, kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olup..." Bu karar için bkz. Y.11.HD., T.01.07.2014, E.2014/6520, K.2014/12577, (Çevrimiçi) www.lealbank.net, 01.03.2109.

getirilebilecektir²¹⁹. Bu yasak, genellikle işçinin rakip işletmede aynı faaliyet alanında çalışmaması ve/veya bu alanda kendi adına rakip işletme açmamasına dair konu sınırlaması içermektedir²²⁰.

Rekabet yasağı sözleşmesinde, konu sınırlaması belirlenirken en önemli uyumsuzluk konusu, işletmelerin ana sözleşmesinde faaliyet alanlarının oldukça geniş belirlenmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu belirleme sebebiyle, işçinin eski işyerinin faaliyet alanı ile yeni işindeki faaliyet alanının aynı nitelikte olup olmadığının tespitinde zorluk yaşanmaktadır. Fakat belirtilmelidir ki rekabet yasağının konusu olabilecek sınırlamalar, aslında işletme bazında değil, işyerinde çalışan işçinin fiilen yapmakta olduğu iş alanına göre belirlenmelidir²²¹. Örneğin işçi, bankada sadece kambiyo alanında faaliyet gösteriyorsa, rekabet yasağı sözleşmesinde tüm bankacılık faaliyetleri değil, kambiyo ile sınırlı rekabet yasağı belirlenmelidir. Buna karşılık işçinin, fiilen yapmakta olduğu görevi ile ilgili olmamasına rağmen öğrendiği bilgiler bulunması hali istisna kabul edilmektedir. Buna örnek olarak, yönetici konumundaki işçiler verilmektedir²²². Yine konu bakımından geniş bir sınırlama getirilmesi halinde de hâkimin TBK m.445/2 uyarınca, rekabet yasağına müdahale etme imkânı mevcuttur²²³. Zira rekabet yasağının, işçinin mesleğini yasaklayacak boyuta ulaşmaması gerekmektedir²²⁴.

²¹⁹ ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.10; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.26; Reinhard, s.297; Buchner, s.133; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.67-68; Süzek, s.367; aynı yazar, **Rekabet Etmeme Borcu**, s.461; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.82; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.309. Ekmekçi'ye göre, konu bakımından sınırlama işverenin faaliyet konusuna giren işler kapsamında olmalıdır. Fakat bu husus, ana sözleşmede sayılan faaliyet konusu değil, fiilen iştigal edilen işler olarak anlaşılmalıdır. Buna karşılık konu bakımından sınırlama, işçinin işletmedeki somut görev tanımı ile de sınırlı değildir. Örnek olarak ise yazar, bankada teftiş kurulunda çalışan işçiye, başka bir bankada herhangi bir sıfatla çalışmasının yasaklanabileceğini vermektedir. Aksine yorumun, yasağı fiilen etkisiz kılacağı belirtilmektedir. Bu değerlendirme için bkz. Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.73.

²²⁰ Yargıtay, rekabet yasağının konu bakımından sınırlanmasına ilişkin olarak, “...Diğer davalı firma davacı ile aynı alanda faaliyet göstermektedir. Davalı işçinin rekabet yasağına aykırı davrandığı sabittir. Davacı tarafın cezaî şart alacağından davalı işçi sorumludur...” şeklinde karar vermiştir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.24.12.2009, E.2009/26952, K.2009/36969, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 01.03.2019.

²²¹ Taşkent, Kabakcı, s.32. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y.9.HD., T.24.12.2009, E.2009/26954, K.2009/36971, Legal İHSGHD, S.25, s.362.

²²² Reinfeld, s.155; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.68.

²²³ Alpogut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.951.

²²⁴ Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.23-24; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.83; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.309; Taşkent, Kabakcı, s.26; Yıldız, s.45.

Rekabet yasağı sözleşmesinde açıkça, işçi için hangi faaliyetlerin yasaklandığının tek tek sayılmasına gerek olmadığı da ileri sürülmektedir²²⁵. Zira işçinin, yasak kapsamında işvereni ile her türlü rekabet oluşturacak davranıştan kaçınması gerekmektedir. Nitekim rekabet yasağının imzalandığı tarihte tarafların, ileride hangi bilgilerin rekabet yasağının kapsamında olacağını öngörebilmeleri de her zaman mümkün olamayabilecektir²²⁶.

Rekabet yasağının konu sınırı bakımından dikkate alınacak zaman dilimi, yine iş sözleşmesinin sona erdiği tarih olarak kabul edilmektedir²²⁷. Bu durumda bir soru akla gelmektedir. İlk olarak iş sözleşmesi devam ederken, işverenin faaliyet alanında veya işçinin fiilen çalıştığı alanda bir değişiklik olmasının, rekabet yasağına etkisinin ne olacağı çözüme kavuşturulmalıdır. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre işverenin vazgeçtiği faaliyetler, konu bakımından yasak kapsamında dikkate alınmamalıdır. Nitekim bu halde, işverenin korunması gereken haklı menfaatinden söz edilemeyecektir²²⁸. Kanaatimizce iş sözleşmesi devam ederken, işçinin fiilen çalıştığı alanda değişiklik olması bakımından da işverenin korunması gereken bir menfaati olup olmadığı noktasından hareket edilmelidir²²⁹.

İkinci olarak ele alınması gereken konu ise iş sözleşmesi sona erdikten sonra, rekabet yasağının uygulandığı dönemde, işyerinin faaliyet konusunda ortaya çıkabilecek değişikliklerin etkisidir. Bu konuda savunulan bir görüşe göre, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işverenin başladığı faaliyetler konusunda, işçinin üretim sırları veya müşteri çevresi hakkında bilgi edinme imkânı olmayacağından, yasağın kapsamı içine dâhil edilmesi mümkün değildir²³⁰. Bizim de menfaat dengesi bakımından isabetli bulduğumuz diğer bir görüşe göre ise burada değişikliğin, işçinin faaliyetine etkisi olup olmadığı ayrımı yapılmalıdır. Bu değişiklik rekabet yasağı kararlaştırılan konu bakımından önem arz etmiyorsa, yasak aynen devam edecektir.

²²⁵ Taşkent, Kabakçı, s.32.

²²⁶ Taşkent, Kabakçı, s.32-33.

²²⁷ Taşkent, Kabakçı, s.32; Rehbindir, s.518; Manav, **Rekabet**, s.350.

²²⁸ Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.67; Taşkent, Kabakçı, s.32; Tuncay, **Rekabet Yasağı**, s.491; Yıldız, s.53.

²²⁹ Ayrıca belirtilmelidir ki doktrinde bir görüş tarafından, bu hal kapsamında sözleşmenin sonradan değişen şartlara uyarlanması kabul edilmemektedir. Bu görüş için bkz. Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.67; Taşkent, Kabakçı, s.32.

²³⁰ Bu görüş için bkz. Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.67; Yıldız, s.52.

Eğer işçi işten ayrıldıktan sonra ortaya çıkan değişiklikler, işçi lehine yasağın konusunda daralmaya yol açıyorsa, artık bu dar kapsamdaki sınırlama dikkate alınacak ve değişiklik öncesi sınırlama uygulanmayacaktır. Örneğin, işçinin bu işletmede faaliyet gördüğü sırada fiilen yaptığı işlerden biri, işletmede küçülmeye gidildiği veya faaliyet alanı değiştiği için artık yapılmıyor olabilir. Bu değişiklik sonucu, işverenin rekabet yasağı ile korunması gereken bir menfaatinin kalmadığı sonucuna ulaşılıyorsa, rekabet yasağı sözleşmesi bağlayıcılığını kaybedecektir²³¹.

E. Geçerli Bir Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Hukuki Sonuçları

Geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesi mevcut ise işçinin, bu yasağa uyması gerekecektir. Aksi halde rekabet yasağına aykırılığın hukuki sonuçlarına katlanmak zorundadır. İşçinin, hangi şartlara tâbi olarak işvereni ile rekabet etmekten kaçınması gerektiği, sözleşmenin yorumlanması ile tespit edilebilecektir. Zira rekabet yasağı, işletme veya işçinin bu işletmede gördüğü faaliyete bağlı olarak kararlaştırılabilecektir. Bu durumda, işçinin rekabete yol açacak tüm faaliyetlerden kaçınması gerekebileceği gibi, çalışma alanındaki tek bir faaliyeti görmekten de men edilebilecektir²³².

Geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinin varlığı halinde doğabilecek önemli bir hukuki sonuç, işverenin karşı edim ödeme yükümlülüğüdür. Bununla beraber işverenin karşı edimi ödemesi için gereken şart, bu konuda sözleşmede bir hüküm bulunması ve işçinin, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde rekabetten kaçınmasıdır. Bu noktada işçinin rekabetten kaçınmayı hangi gerekçe ile kabul ettiği ya da bu sözleşmeyi imzalamasaydı rekabet edici faaliyette bulunma veya bulunmama olasılığı önem arz etmemektedir²³³. Bununla beraber Alman Hukuku'nda, özel bir düzenleme yoluyla işverene karşı edim ödeme yükümlülüğünden kurtulma imkânı tanınmıştır. Bu kapsamda, işçinin rekabet etmeme yükümlülüğü süresi devam ederken hapis cezasına çarptırılmış olması, işverenin rekabet yasağı karşılığı karşı edim ödeme

²³¹ Bu görüş için bkz. Taşkent, Kabakcı, s.32.

²³² Hamann, Rudnik, s.349.

²³³ ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.16; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.30; Reinhard, s.297.

yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir hal olarak sayılmıştır (*HGB m.74/c, 1*). Fakat kanun sadece bu hal için istisna getirmiştir. Dolayısıyla hastalık gibi diğer tüm iş göremezlik hallerinde, işçi rekabet yasağına uymuş sayılacağı için işveren karşı edim ödemek zorunda kalacaktır²³⁴.

F. Rekabet Yasağının Geçersizliği

1. Geçersizlik

Kanunda rekabet yasağına dair yer alan geçerlilik şartları, esasında işçinin korunmasına yöneliktir. Kanunda yer alan bu şartların rekabet yasağı sözleşmesinde bulunmaması, sözleşmenin ve dolayısıyla sözleşmede yer alan cezaî şartın geçersizliğine yol açmaktadır²³⁵.

Rekabet yasağının geçersiz olması halinde, rekabet yasağı sözleşmesinin tarafları birbirlerine karşı herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Buna bağlı olarak işveren, işçinin rekabet yasağına uymadığını ileri sürerek cezaî şart talep edemeyecektir. Yine rekabet yasağının geçersizliğine rağmen bu yasağa uyan işçi, sözleşmede kararlaştırılması durumunda karşı edimi talep ederse, işveren sözleşmenin geçersizliğine dayanarak karşı edimi vermekten kaçınabilecektir²³⁶.

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçersizliğine örnek olarak ise yazılı şekil şartına uyulmaması, tarafların fiil ehliyetine sahip olmaması, işçinin işverenin müşteri çevresi, üretim sırları veya işyerinde yapılan işler hakkında bilgi edinme imkânı olmaması ya da bu bilgilerle işverene zarar verme olasılığı olmaması, Basın İşK.

²³⁴ Alman Federal İş Mahkemesi, işçinin emekli olması halinde iş sözleşmesinin sona ereceğinin ve bu süreden itibaren 1 yıl işvereni ile rekabet etmeyeceğinin kararlaştırıldığı bir uyuşmazlıkta bu hususu inceleme konusu yapmıştır. Mahkeme, işçinin zaten emekli olduğu, dolayısıyla işveren ile rekabet etmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bunun sonucunda işverenin karşı edim ödeme yükümlülüğünden kurtulduğu şeklindeki savunması haksız bulunmuştur. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 03.07.1990, 3 AZR 96/89, AP§74 HGB, N.61. Ayrıca işçinin iş göremez durumda olmasının, rekabet yasağı kapsamında karşı edim ödenmesine etki etmeyeceği yönünde bkz. BAG, Urteil vom 23.11.2004, 9 AZR 595/03, NZA, 2005, Heft 7, s.411-413. Doktrinde emeklilik halini de kapsayan rekabet yasağı getirilebileceği yönünde bkz. ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.4; MüArbR/Wank, §107, Rn.7; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.37.

²³⁵ Grunsky, s.56-57; Süzek, s.367; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.73; Yıldız, s.54.

²³⁶ Hamann, Rudnik, s.342.

kapsamında çalışan işçilerle rekabet yasağı sözleşmesi yapılması gösterilmektedir²³⁷. Alman Hukuku'nda ise HGB m.74/a'nın ikinci fıkrasında geçersizlik halleri sayılmıştır. Bu hukuk sisteminde fiil ehliyetine ek olarak, rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edim belirlenmemesi de geçersizliğe yol açmaktadır²³⁸.

Kural olarak rekabet yasağının geçersiz olması, TBK m.27/2 uyarınca iş sözleşmesinin geçerliliğine etki etmemektedir. Nitekim sadece rekabet yasağı kaydı geçersiz olacaktır²³⁹. Ancak istisnai hallerde, bu durumun iş sözleşmesinin geçersizliğine de yol açabileceği kabul edilmektedir. Örnek olarak, rekabet yasağı sözleşmesi yapılmasının, iş sözleşmesi için geçerlilik şartı olarak belirlenmesi gösterilmektedir²⁴⁰.

Son olarak belirtilmelidir ki TMK m.6 uyarınca, rekabet yasağının kanunda aranan geçerlilik şartlarını taşıdığını işveren ispat etmekle yükümlüdür.

2.Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi

Rekabet yasağının kanunda aranan şartlara sahip olmamasının hukuki sonucu geçersizlik yaptırımına tâbi olmasıdır. Fakat TBK'da rekabet yasağının hukuka aykırı olmasına ilişkin olarak bir yaptırım daha düzenlenmiştir. Buna göre hâkimin, aşırı sınırlama getiren düzenlemeye müdahale etme imkânı vardır.

Türk Borçlar Kanunu'nun, rekabet yasağını geçersizlik yaptırımına bağladığı haller ile hâkime müdahale etme imkânı tanıdığı haller birbirinden farklıdır²⁴¹.

²³⁷ ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.7; MüArbR/Wank, §107, Rn.38; Reinhard, s.300; Grunsky, s.57; Laskawy, s.1013; Süzek, s.367; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.73; Yıldız, s.54.

²³⁸ ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.7; MüArbR/Wank, §107, Rn.38; Reinhard, s.300; Grunsky, s.57; Laskawy, s.1013. Bu konuda ayrıca bkz. 3. Bölüm, I, F, 2.

²³⁹ Süzek, s.367; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.73; Taşkent, Kabakçı, s.29; Yıldız, s.54.

²⁴⁰ ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.1; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.13; Buchner, s.110-111; Hamann, Rudnik, s.342.

²⁴¹ Taşkent, Kabakçı, s.30; Yıldız, s.52. BK döneminde, hâkimin müdahale yetkisi kanunda yer almadığından doktrinde, rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı şekilde sınırlandırması halinde, hâkimin klozu uygun sınırlara uyarlaması yerine, aşırı olduğu oranda geçersiz sayabileceği görüşü için bkz. Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.71; Akyiğit, **Rekabet Yasağı**, s.15-16; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.83.

Örneğin rekabet yasağı, işçinin ekonomik gelişmesini aşırı ölçüde sınırlamanın ötesinde, ahlaka aykırılık teşkil ediyor ise hâkimin yasağı bütün olarak kesin hükümsüz sayabileceği görüşü için bkz. Tunçomağ, **C.I.**, s.527.

Hâkimin aşırı sınırlamaya müdahale etme imkânı TBK m.445/2’de düzenlenmiştir. Buna göre hâkim, aşırı gördüğü rekabet yasağını kanunda sayılı olan ölçütleri dikkate alarak kapsam veya süre bakımından sınırlandırabilecektir. Dolayısıyla süre, yer ve konu bakımından uygun olmayan rekabet yasağı sınırlamaları, rekabet yasağı sözleşmesinin ve dolayısıyla cezaî şartın geçersiz olması sonucunu doğurmamaktadır. Bu nedenle hâkime tanınan bu yetki, esasında sözleşmenin hâkimin müdahalesi ile ayakta tutulmasını sağlamaktadır. Yani rekabet yasağı kanundaki sınırları aşarsa geçersiz sayılmayacaktır. Diğer bir deyişle işçi, sınırların aşıldığı ölçüde rekabet yasağı ile bağlı olmaktan kurtulacaktır. Fakat hâkimin müdahalede bulunması her durumda mümkün değildir.

Hâkimin, kloza müdahale edebilmesi için iş sözleşmesi sona erdiği anda mevcut bulunan şartlara göre, işverenin korunması gereken menfaati ile sınırlamalar arasında orantısızlık bulunması gerekir²⁴². Bunun sonucunda hâkim, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirerek ve sözleşmede kararlaştırılmışsa karşı edimi de dikkate alarak, rekabet yasağını hakkaniyete uygun sınırlara çekebilecektir²⁴³.

Kanunda da belirtildiği üzere her somut olay kendi özellikleri dikkate alınarak değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Örneğin karşı edim kararlaştırılmış olması, her durumda işçinin ekonomik geleceğinin sınırlandırılmadığı anlamına gelmeyebilir. Fakat karşı edimin, hâkimin değerlendirmesinde esas alınan önemli bir ölçüt olduğu da inkâr edilemez²⁴⁴. İşçinin rekabet yasağı ile bağlı olmadığı, ya bir tespit davasının ya da işverenin yasağa aykırılığı ileri sürdüğü ifa davasının konusu olabilecektir. Bu durumda hâkim, işçinin iddiasını haklı bulursa, rekabet yasağını makul sınırlara çekebilecektir.

Alman Hukuku’nda HGB m.74/a’nın kenar başlığı “*bağlayıcı olmayan veya geçersiz olan yasak*” şeklinde belirlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, rekabet yasağının bağlayıcı olmadığı hallere yer verilmiştir. İkinci fıkrada ise rekabet yasağının geçersizlik yaptırımına tâbi olduğu haller sayılmıştır. İlk fıkraya göre rekabet yasağı, işverenin haklı ekonomik menfaatini koruma amacı gütmüyorsa

²⁴² Taşkent, Kabakçı, s.34; Yıldız, s.56.

²⁴³ Süzek, s.368; Taşkent, Kabakçı, s.34; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.951.

²⁴⁴ Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.83; Yıldız, s.53-54.

bağlayıcı olmayacaktır. Ayrıca karşı edim dikkate alındığında rekabet yasağı, yer, zaman ve konu bakımından işçinin ekonomik geleceğine hakkaniyete aykırı olarak etki ediyorsa yine yasağın bağlayıcı olmadığına yer verilmiştir. Bunun aynı sıra aynı fıkranın son cümlesinde, yasağın iş sözleşmesi sona erdikten sonra iki yılı aşan süre için kararlaştırılamayacağına da dikkat çekilmiştir. Bu durumda diğer iki halden farklı olarak, rekabet yasağı iki yıla kadar bağlayıcı olacak, iki yılı aşan süre ise bağlayıcı olmayacaktır. Buna karşılık ikinci fıkra da ise yasak kararlaştırıldığı sırada işçinin ergin olmaması veya işverene şeref sözünün yerine getirilmesi olarak ya da benzer teminatlar için taahhüt edilmesi halinde geçersiz kabul edilmiştir. Yine iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin faaliyetlerini kısıtlayacak şekilde, üçüncü kişinin işçi yerine yasağı kabul etmesi hali de geçersizlik yaptırımına tâbi tutulmuştur. Son fıkra da ise BGB m.138'de yer alan hukuki ilişkinin ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizliğine ilişkin genel hükümlerin saklı tutulduğu düzenlenmiştir²⁴⁵.

²⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.5; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.8; Karsten Schmidt, **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1: Erstes Buch, Handelsstand §§1-104a**, 4. Auflage, München, C. H. Beck/Verlag Vahlen, 2016, §74a, Rn.1 vd.; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.52; Grunsky, s.57; Schwedes, s.121; Buchner, s.144; Laskawy, s.1013; Hamann, Rudnik, s.342. Bu konuda bir karar için bkz. BAG, T.07.09.2004, 9 AZR 612/03, NZA, 2005, Heft 23, s.1376.

Alman Hukuku'nda da kanunda açıkça yer almasa da rekabet yasağının yer, konu ve süre bakımından aşırı olması halinde, hâkimin bu sınırlamalara müdahale edebileceği doktrin ve yargı kararlarında kabul edilmektedir. Buna karşılık HGB m.74/a, 2'deki geçersizlik hallerinden biri var ise rekabet yasağı tamamen geçersiz olacaktır; fakat iş sözleşmesi geçerliliğini sürdürecektir. Bu konuda bkz. ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.5; MüArbR/Wank, §107, Rn.39. Bu konuda bir karar için ayrıca bkz. BAG, Urteil vom 21.04.2010, NZA 2010, s.1175, Rn.22. Rekabet yasağı sözleşmesi imzalanırken, örneğin yer, konu, süre sınırlaması işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek nitelikteyse, işveren rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz olmasına dayanarak karşı edim ödemekten kaçınmayacaktır. Nitekim bu halde rekabet yasağı geçersizlik yaptırımına tâbi sayılmamıştır; sadece işçi açısından bağlayıcı değildir. Bu ayrımın önemi karşı edim talebi bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu konuda bkz. ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.5; MüArbR/Wank, §107, Rn.39; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.41; Buchner, s.144. Rekabet yasağı geçersizlik yaptırımına tâbi ise işçi yasağa uysa da uymasa da karşı edim talep edemez. Fakat rekabet yasağı bağlayıcı değilse, bunun hukuki yaptırımı olarak işçiye seçim hakkı tanındığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla rekabet yasağı bağlayıcı değilse, işçinin önünde iki seçenek bulunmaktadır: Ya rekabet yasağına uyacak ve karşı edimi talep edebilecektir ya da rekabet yasağının bağlayıcı olmadığına dayanarak, yasağa uygun davranmayı reddedebilecek ve sonucunda karşı edim talep hakkını da kaybedecektir. ErfK./Oetker, §74/a HGB, Rn.5; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.8; MüArbR/Wank, §107, Rn.39; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §74a, Rn.18; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.52; Grunsky, s.57; Schwedes, s.121; Buchner, s.144; Laskawy, s.1013; Hamann, Rudnik, s.342. Bu halde işçi, seçim hakkını açıkça kullanabileceği gibi, rekabet edici faaliyet içine girmek veya işsizlik bildiriminde bulunmak gibi zımni olarak da kullanabilir. Bkz. Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.52; Hamann, Rudnik, s.342. Fakat işçi, bir kere rekabet yasağına uymayı tercih ettikten sonra, yasağın bağlayıcı olmadığını ileri süremeyecektir. Doktrinde bir görüşe göre eğer işçi seçim hakkını süresinde kullanmazsa, BGB m.264/2 uyarınca işverenin, işçiye seçim hakkını kullanması için uygun bir süre verebileceği; işçinin bu hakkını verilen sürede kullanmaması halinde ise seçim hakkının

G. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin İhlal Edilmesi Ve Hukuki Sonuçları

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m.446'da, işçinin rekabet yasağına aykırı davranması haline yönelik olarak yaptırımlar düzenlenmiştir. Söz konusu madde, Borçlar Kanunu döneminden farklı bir düzenlemeye sahip değildir. Zira her iki kanunda da mehzat İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340/b maddesi göz önünde tutulmuştur. Üç fıkra olarak düzenlenen maddede, esasen üç ayrı yaptırım yer almaktadır. İlk fıkrada rekabet yasağına aykırılık çerçevesinde, sözleşmeye aykırı davranışın genel sonucu olarak tazminat yükümlülüğü düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise rekabet yasağına aykırı davranışın cezaî şarta bağlanması yer almaktadır. Son olarak ise işverenin, kanundaki şartların da sağlanması halinde işçinin yasağa uygun davranmasını, yani borcun aynen ifasını talep etme imkânı vardır. İşçinin rekabet yasağına aykırı davranmasına yönelik getirilen her üç yaptırım da sözleşmeye aykırılığın özel bir uygulama hali olarak kabul edilmektedir²⁴⁶. Bu noktada belirtilmelidir ki çalışmamızın esasını, işçinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde talep edilebilecek olan cezaî şart oluşturduğundan, işçinin tazminat ödeme yükümlülüğü ile aykırı davranışa son verilmesini talep etme imkânı üzerinde kısaca durulacaktır.

Sözleşmede işverenin karşı edim ödemekle yükümlü tutulması halinde, işveren tarafından rekabet yasağı sözleşmesinin ihlal edildiğinden söz edilebilecektir. Buna karşılık hukukumuzda rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edim kararlaştırılması geçerlilik şartı olmadığından, kanunda bu borcun yerine getirilmemesinin hukuki sonuçlarına özel olarak yer verilmemiştir. Buna göre işveren, işçiye karşı edimi ödemekte gecikirse veya edimi hiç ödemezse, işçi borcun yerine getirilmemesine

işverene geçeceği şeklinde bir kabulün isabetli olacağı savunulmaktadır. Bu görüş yönünde bkz. Grunsky, s.59; Hamann, Rudnik, s.342-343. Geçerli veya bağlayıcı bir rekabet yasağına, sözleşmenin her iki tarafının da uyması gerekmektedir. Fakat bazı durumlarda yasağın, kısmen bağlayıcı olmaması hali ortaya çıkabilecektir. Buna rağmen karşı edim hakkı, varlığını bütümen koruyacaktır. Bu görüş için bkz. Hamann, Rudnik, s.343.

²⁴⁶ Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.77; Emre Ertan, "Rekabet Yasağı Kaydından Doğan Rekabet Etmeme Borcunun Aynen İfası (TBK m.446/3)", **Legal İSGHD**, C.13, S.52, 2016, s.1915 vd..

yönelik genel hükümlere gidebilecektir. Bu durumda işçi, karşı edim yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverene karşı, TBK m.123 ve devamında yer alan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin temerrüt hükümlerine başvurabilecektir²⁴⁷. Karşı edimi elde edemeyen işçi, rekabet etmeme borcunu yerine getirmek istemiyorsa, temerrüt hükümleri içinden, seçimlik hakkı olan sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Fakat burada sözleşmeden dönme hakkı, borcun niteliği uyarınca ileriye etkilidir²⁴⁸. Kanaatimizce işverenin karşı edim ödeme yükümlülüğünü ihlal etmesine yönelik olarak cezaî şart kararlaştırılması da mümkündür.

Son olarak belirtilmelidir ki işçi, karşı edim yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverene karşı, TBK m.97'de (BGB m.320/1) yer alan ödemezlik def'inden yararlanamayacaktır. Zira ödemezlik def'i ileri sürerek, rekabet edici faaliyette bulunulması halinde, bir daha telafisi mümkün olmayan bir durum ortaya çıkabilecek ve daha sonra rekabet etmeme borcunun ifasına devam edilmesinin anlamı kalmayacaktır²⁴⁹.

2. İşverenin Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı

Türk Borçlar Kanunu m.446/1 uyarınca, rekabet yasağına aykırı davranan işçi, işverenin uğradığı bütün zararı gidermekle yükümlüdür. Mevzuatımızda Rekabet Kanunu m.340/b, 1'de de rekabet yasağının ihlali halinde zararın tazmini düzenlenmiştir. Buna karşılık bu sistemde zararın tazmini, rekabet yasağının cezaî şart ile güvence altına alınmadığı hallerde başvurulacak bir yol olarak kabul edilmektedir²⁵⁰. Alman Hukuku'nda da işveren, rekabet yasağının ihlal edilmesi dolayısıyla, BGB m.280/1,3 ve m.283 uyarınca zararın tazminini talep edebilecektir. İşveren, kazanç kaybının yanı sıra, uğradığı tüm zararı isteyebilecektir. Fakat bu noktada, rekabet yasağına aykırılık dolayısıyla uğranılan zararın ispatının güçlüğü açıktır²⁵¹.

²⁴⁷ Buchner, s.204; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.91-92; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.85; Keser, **Rekabet Yasağı**, s.98; Uşan, **İş Sırrı**, s.265; Yıldız, s.60.

²⁴⁸ Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74, Rn.32; Schwedes, s.142; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.92.

²⁴⁹ Hamann, Rudnik, s.352; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.92.

²⁵⁰ Matthias Rickenbach, **Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses**, Bern, Stämpfli AG., 2000, s.165; Ayiter, s.474.

²⁵¹ Grunsky, s.69; Schwedes, s.142.

Rekabet yasağının ihlal edilmesi halinde, sözleşmeye aykırılığa ilişkin olarak tazminat hukukunun genel ilkeleri uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla işveren, TBK m.112 uyarınca işçinin rekabet yasağına aykırı davranışını, zararı ve miktarını, yasağa aykırı davranış ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıını ispatlamakla yükümlüdür. İşverenin tazminat talebi, kusur sorumluluğu esasına dayanmaktadır. İşçi ancak kusuru bulunmadığını ispat etmekle bu yükümlülükten kurtulabilecektir²⁵². Fakat açıktır ki rekabet yasağına aykırı davranış bakımından, işçinin kusuru bulunmadığını ispatlayabilmesi oldukça güçtür²⁵³. Bununla birlikte işçinin, kendi çabası ve kişisel yetenekleri sonucu rekabet sayılabilecek bir davranışta bulunması halinde ortaya çıkan zarar ise talep edilemeyecektir. Zira bu halde, hukuka aykırılık unsurunda noksanlık vardır²⁵⁴.

Rekabet yasağına aykırılık halinde işverenin talep edebileceği zarar, müspet zarardır. Yani işverenin malvarlığının mevcut durumu ile aykırı davranışta bulunulmasaydı olabilecek durum arasındaki fark, işçiden talep edilebilecektir. Bu kapsama, fiilen ortaya çıkan zarar ile mahrum kalınan kazanç da girmektedir²⁵⁵. Sözleşmeye aykırı davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağı olduğu sürece, rekabet

²⁵² Santoro, s.56; Rickenbach, s.165-166; Kuhn, s.79; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340,b, Rn.2-3; Bohny, s.150; Tunçomağ, **C.I.**, s.528; Ayiter, s.474-475; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.78; Süzek, s.368; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.85; aynı yazar, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, s.733; Taşkent, Kabakçı, s.38; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.952.

²⁵³ Kuhn, s.78; Tunçomağ, **C.I.**, s.528; Fevzi Şahlanan, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Kurulması Geçerlilik Şartları Hükümleri ve Sona Ermesi”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, C.I, İstanbul, Beta, 2010, s.733; aynı yazar, **Rekabet Yasağı**, s.85; Taşkent, Kabakçı, s.38; Keser, **Rekabet Yasağı**, s.98-99. Yıldız, s.59; Uşan, **İş Sırrı**, s.266.

İşçinin kusurunun hafif olması veya işverenin birlikte kusuru olması halinde tazminatta indirim yapılabilecektir; fakat rekabet yasağının işçi tarafından ihlal edilmesi halinde böyle bir durumla karşılaşılması pek mümkün görünmemektedir. Zira rekabet yasağı, genellikle kasıtlı olarak veya en azından bilinçli taksir yoluyla ihlal edilmektedir. Bu konuda bkz. BK-Rehbinder, Art 340b OR, Rn.5; Staehelin, Art 340b OR, N.3; Rickenbach, s.166;

²⁵⁴ BK-Rehbinder, Art 340b OR, Rn.3; Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.4; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340, Rn.10; Bohny, s.158; Süzek, s.364-365; aynı yazar, **Rekabet Etme Borcu**, s.459; Alpagut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.947.

²⁵⁵ BK-Rehbinder, Art 340b OR, Rn.3; Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.4; Rickenbach, s.166; Tunçomağ, **C.I.**, s.528; Ayiter, s.475; Süzek, s.368-369; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.78; Taşkent, Kabakçı, s.38; Yıldız, s.59; Keser, **Rekabet Yasağı**, s.99. Manevi zararın da tazminatın kapsamında sayılacağı; fakat gelecekte ortaya çıkması muhtemel zararın kapsama girmeyeceği yönünde bir görüş için bkz. BK-Rehbinder, Art 340b OR, Rn.3; Rickenbach, s.166.

yasağının süresi sona erdikten sonra zarar ortaya çıkmış olsa bile tazmini talep edilebilecektir²⁵⁶.

İşçi, rakip bir işletme açmak suretiyle işvereni zarara uğratmışsa, bu zarardan sadece kendisi sorumlu olacaktır. TTK m.56'da yer alan haksız rekabetin şartlarının mevcut olması halinde, işçinin verdiği bilgilerin yeni işveren tarafından kullanılması sonucu zarar ortaya çıkmış ise yeni işveren de işçi ile birlikte zarardan müteselsilen sorumlu olacaktır²⁵⁷. Fakat yeni işverenin, bu durumu bilerek hareket edip etmediği de dikkate alınmalıdır.

Bir önceki başlıkta²⁵⁸ da belirtildiği üzere, rekabet yasağı sözleşmesinde, işverene yönelik olarak karşı edim ödeme yükümlülüğü kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda, işçinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde işveren, ödemezlik def'i hükümlerine dayanarak karşı edim ödeme borcundan kurtulabilecektir²⁵⁹. Benzer sonuç, karşı edim yükümlülüğünün bir geçerlilik şartı olduğu Alman Hukuku'nda da kabul edilmektedir (*BGB m.326/1*)²⁶⁰.

²⁵⁶ Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.79.

²⁵⁷ Bohny, s.153; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.79; Taşkent, Kabakçı, s.38; Yıldız, s.59.

²⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. 3. Bölüm, I, G, 1.

²⁵⁹ Grunsky, s.127; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.90; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.85; Yıldız, s.60. Bir görüşe göre, işveren için ödemezlik def'i dışında bir başka olanak daha vardır. İşçinin sözleşmeye aykırı davranması nedeniyle işveren, karşı edim yükümlülüğünden kurtulmak için imkânsızlık hükümlerine de dayanabilecektir. Bu görüş için bkz. Bohny, s.153; Buchner, s.119; Grunsky, s.127; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.90-91; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.85.

²⁶⁰ İşçinin rekabet yasağına aykırı davranması nedeniyle, BGB m.326 uyarınca, işçinin karşı edim talep etme hakkını kaybedeceği yönünde bir Federal İş Mahkemesi kararı için bkz. BAG, Urteil vom 07.07.2015, 10 AZR 260/14, NZA, 2015, Heft 20, s.1253-1256. Yine BGB m.323/1, 2 ve 5 uyarınca işçi, muaccel olan borcunu yerine getirmediğinde, işveren borcunu yerine getirmesi için ona uygun bir süre verdikten sonra halen borç yerine getirilmemişse sözleşmeden dönebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.23; MüArbR/Wank, §107, Rn.41; Bauer, Diller, **NJW**, 2002, s.1611-1612; Grunsky, s.68-69; Schwedes, s.142; Löwe, s.121; Buchner, s.200-201; Hamann, Rudnik, s.351. İşveren, rekabet yasağı sözleşmesi kapsamında karşı edimi işçiye peşin olarak ödeyebilecektir. Buna rağmen işçi, rekabet yasağı sürerken yasağı ihlal etmişse, karşı edimin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak geri ödenmesi talep edilebilecektir. Fakat karşı edimin bütünü değil, rekabet yasağına aykırı davranılan süre ile orantılı kısmı için geri ödeme yükümlülüğü söz konusudur. Bu görüş için bkz. Bohny, s.153; Buchner, s.119; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.91. Türk Hukuku'nda bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y.9.HD., T.05.02.2013, E.2010/36445, K.2013/4274, (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 23.09.2017. Bu kararı isabetli bulan görüş için bkz. Yıldız, s.60-61.

3. İşverenin Yasağa Aykırı Davranışa Son Verilmesini Talep Etme Hakkı

Türk Borçlar Kanunu’nda, işçinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde işverene kanunen tanınan bir diğer hak, ihlalinin sona erdirilmesinin talep edilmesidir²⁶¹. Nitekim kimi zaman rekabet yasağının işçi tarafından ağır şekilde ihlal edilmesi halinde, zararın tazmin edilmesi veya sözleşmede kararlaştırılan cezaî şartın ödenmesi işveren bakımından yeterli korumayı sağlamamaktadır. Buna karşılık bazı hallerde rekabet yasağını ihlal eden fiilin sonlandırılmasını talep etmek yoluyla, rekabet etmeme borcunun devam etmesi, işverenin daha lehine olabilmektedir²⁶². Bu nedenle TBK m.446/3’de (OR m.344/b, 3) yer alan düzenlemeye göre, “İşveren ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir.”.

Aslında bu hüküm, TBK m.113 (OR m.98/3) uyarınca alacaklıya, borcun aynen ifasını talep hakkı veren hükmün rekabet yasağı bakımından özel bir halidir²⁶³. Bununla birlikte rekabet yasağı bakımından iki ek şart aranmaktadır. İlk olarak rekabet yasağına ilişkin sözleşmede, bu husus yazılı olarak açıkça saklı tutulmalıdır. İkinci olarak ise işverenin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin yasağa aykırı davranışı, bu hakkın talep edilmesini haklı göstermelidir²⁶⁴. Bu yaptırıma

²⁶¹ Bu yaptırım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ertan, s.1921 vd.. Tunçomağ, BK m.357/3’de yer alan benzer düzenlemeyi, ifaya eklenen cezaî şart olarak nitelendirmekteydi. Zira kanunda aranan şartlar mevcutsa işveren, cezaî şart yanında ifayı da istemeye yetkili olacaktır. Fakat burada bir yapmama borcu söz konusu olduğu için, ifanın talep edilmesi hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nitelendirme için bkz. Tunçomağ, C.I, s.529. Benzer yönde bkz. Ayiter, s.476.

²⁶² Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.13.

²⁶³ Rickenbach, s.170-171; Şahlanan, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, s.734.

²⁶⁴ Ertan, s.1921-1928. Kanun koyucu, bu yaptırıma başvurulabilmesinin istisnai durumlarla sınırlı olmasını amaçlamıştır. Dolayısıyla işverenin zararının, sözleşmede kararlaştırılan cezaî şart miktarını aşacak oranda olması veya işçinin, işverenin bu yola başvurmakta ekonomik menfaatinin fark edilebilecek büyüklükte bir zarara uğratması aranmaktadır. Buna karşılık illa işverenin ekonomik olarak mahvına yol açacak büyüklükte bir zarar olması da şart değildir. Hâkim, somut olayın özelliklerini değerlendirecektir. Bu değerlendirmede rekabet yasağının kalan süresi de önemli bir ölçüttür. Zira yasağın sona ermesine ne kadar az süre kala ihlal gerçekleşmişse, işverenin korunması gereken menfaatinin önemi de o kadar azalmış olabilir. Bu durumda işverenin ihlal edilen menfaatlerinin önemi, rekabet yasağının aynen ifasını talep etmek için yeterli olmayabilir. Ayrıca işçinin davranışının ağırlığı,

başvurulabilmesi için işveren, gerekli şartların mevcut olduğunu ispat etmekle yükümlüdür²⁶⁵.

TBK m.446/3’de yer alan yaptırımın uygulanması, doktrinde haklı olarak pek mümkün görülmemektedir. Nitekim işçinin rekabet yasağına aykırı olarak rakip bir şirkette çalışmaya başlaması halinde, ihlal niteliğindeki bu davranışa son verilmesine yönelik mahkeme kararının nasıl icra edileceği belirsizdir. Buna karşılık işverenin, işçinin rakip bir işletme açması halinde, mahkeme kararı üzerine sadece bu işletmenin kapatılmasını talep edebileceği kabul edilmektedir²⁶⁶. İsviçre Hukuku’nda bir görüş ise hâkimin, işvereni rekabet yasağı ihlaline karşı koruyacak en düşük orandaki tedbire karar vermesi gerektiğine dikkat çekmektedir. Bu durumda örneğin hâkimin, işçinin açtığı rakip işletmeyi tamamen kapatması değil, işverenin faaliyet alanına giren işi yapmasını yasaklaması yönünde karar verebileceği belirtilmektedir²⁶⁷.

İşçinin rakip işletmeye, eski işyerinin önemli üretim bilgilerini veya işyerine ilişkin önemli sırlarını vermiş olması halinde, işverenin bu davranışa son verilmesini talep etmesi bakımından artık herhangi bir menfaati kalmamıştır²⁶⁸. Önemle

işverenin diğer yaptırımlara başvurması beklenemeyecek oranda dürüstlük kuralına aykırı nitelikte de olabilir. Neticede kanunda sayılan şartlar, somut olayda kümülatif olarak bulunmalıdır. Örneğin, eski işverenin müşterilerinin gerçeğe aykırı iddialar yoluyla ayarılması, işçinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde ödemesi için kararlaştırılan cezaî şartın yeni işveren tarafından ödenmesi, rekabet yasağına aykırı davranışa son verilmesi talebi bakımından işçinin dürüstlük kuralına aykırı davranışı olarak kabul edilmektedir. Bu değerlendirme için bkz. BGE 103 II, s.124; BK-Rehbinder, Art 340b OR, Rn.11; Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.17; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340b, Rn.8; Rickenbach, s.172; Bohny, s.160-162; Ayiter, s.476.

²⁶⁵ BK-Rehbinder, Art 340b OR, Rn.11; Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.14-15; Rickenbach, s.171. İsviçre Hukuku’nda ileri sürülen bir görüşe göre, kanun rekabet yasağının ihlali halinde uygulanması gereken yaptırımlara ilişkin olarak, belirli bir basamaklandırma öngörmüştür. Dolayısıyla işveren, ancak cezaî şartı başarılı şekilde elde edemediyse, diğer basamak olan ihlalin sona erdirilmesini talep edebilecektir. Bu görüş için bkz. BK-Rehbinder, Art 340b OR, Rn.11; Bohny, s.160. Buna karşılık doktrinde ileri sürülen diğer görüşe göre ise rekabet yasağı bakımından cezaî şart kararlaştırılmamış olsa bile, kanunda yer alan şartların mevcut olması halinde ihlalin sona erdirilmesi talep edebilecektir. Ayrıca rekabet yasağının ihlaline yönelik olarak cezaî şart kararlaştırılmış olması halinde, işveren dilerse cezaî şartı ödeyerek rekabet yasağı borcundan kurtulabilecektir, dilerse rekabet yasağının ihlal edilmesine son verilmesini talep edebilecektir. Bu görüş için bkz. Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.14; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340b, Rn.8.

²⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.85-90; Şahlanan, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, s.734-735.

²⁶⁷ Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.19.

²⁶⁸ Uygulamada yaşanan sorunlar nedeniyle, rekabet yasağını ihlal edici davranışa son verilmesi talebi, çoğunlukla mahkemeden geçici tedbir olarak talep edilmektedir. Geçici tedbir kararına rağmen işçi rekabet edici davranışını sürdürmesi halinde, Alman Hukuku’nda ZPO m.890 uyarınca, tazyik para cezasını veya tazyik hapsini göze alması gerekmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.23; MüArbR/Wank, §107, Rn.42; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.68;

belirtilmelidir ki bu yaptırım yoluyla, üçüncü kişi konumunda bulunan yeni işverenden herhangi bir talepte bulunulamayacaktır²⁶⁹. Ancak karara uymayan işçiye karşı var olan tek olanak, işverenin şikâyeti üzerine, İcra İflas Kanunu²⁷⁰ m.343'de yer alan tazyik hapsinin uygulanmasıdır²⁷¹.

4. İşverenin Cezaî Şart Talep Etme Hakkı

a. Genel Olarak

Rekabet yasağının ihlali halinde, genellikle işverenin uğradığı zararın uzun bir süre geçtikten sonra ortaya çıkması nedeniyle ispat sorunu yaşanmaktadır. Ayrıca ihlalin mevcudiyetinin ispatı için gerekli olan delillerin, çoğu zaman işveren nezdinde bulunmaması da dikkate alındığında, işçinin yasağa uymasını sağlamak önemli bir sorun oluşturmaktadır.

Rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart, işçi bakımından rekabet etmeme borcunun yerine getirilmesi için bir baskı aracı niteliğindedir. Cezaî şart kararlaştırılması ile işçinin bu yasağa uyması sağlanarak, işverenin menfaatleri daha etkin şekilde korunabilmektedir²⁷². Zira işçi, henüz yasağı ihlal etmeden önce,

Grunsky, s.67; Schwedes, s.141; Löwe, s.121; Buchner, s.199-200; Hamann, Rudnik, s.350-351. Bu düzenlemenin icra edilebilirliği hakkında benzer sorunlar, İsviçre Hukuku'nda da tartışılmakta olup; bunların başında da geçici tedbir kararı verilmesi için aranacak ispat ölçüsü gelmektedir. Medeni Usul Hukuku bakımından geçici tedbir kararı verilmesi için, yaklaşık ispat aranmaktadır. Buna karşılık Medeni Usul Hukuku'nun maddi hukuka hizmet etmesi gerektiği ve bu tedbirin işçinin haklarına müdahale etmek anlamına geldiği gözetilerek, burada ispat ölçüsünün yaklaşık ispattan yüksek tutulması gerektiği savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BK-Rehbinder, Art 340b OR, Rn.12; Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.19; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340b, Rn.9; Rickenbach,, s.174-175; Bohny, s.161.

²⁶⁹ Üçüncü kişinin ifaya zorlanması, ancak kanunda böyle bir düzenleme varsa mümkündür. Buna örnek olarak marka hakkına tecavüz veya haksız rekabete ilişkin hükümler gösterilebilir. Bu konuda bkz. Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.20; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340b, Rn.9; Rickenbach, s.175.

²⁷⁰ RG.T. 19.06.1932, RG.S. 2128.

²⁷¹ Doktrinde bir yazar tarafından tazyik hapsi yerine, Alman Hukuku'nda olduğu gibi, öncelikle tazyik para cezası yoluyla işçinin ifaya zorlanması; buna rağmen tazyik para cezası işçiden tahsil edilemezse bu sefer tazyik hapis cezası uygulanması şeklinde bir sistem değişikliği önerilmektedir. Hatta TBK m.446/3'de, yasağa aykırı davranan işçinin bu davranışa son vermemesi halinde, tazyik para cezası ile cezalandırılacağına yer verilmesinin isabetli olacağı ifade edilmektedir. Bu öneri için bkz. Ertan, s.1940-1941.

²⁷² MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.1; Adolf Baumbach, Klaus J. Hopt, Christoph Kumpan, Hanno Merkt, Markus Roth, **Handelsgesetzbuch: mit GmbH& Co., Handelsklausen, Bank-und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)**, Beck'sische Kurz Kommentare, Band 9, 37.

ihlal etmesi halinde karşılaşılabilecek ceza miktarını bilerek hareket edebilecektir. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları, kanundaki hukuki yaptırımlardan daha etkili bir yol olarak, rekabet yasağına aykırılık hali için cezaî şart kararlaştırmaktadır²⁷³. Cezaî şart kararlaştırılması halinde, alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile cezanın ifası gerekmektedir. Dolayısıyla işveren, zararın varlığını veya miktarını ispat zorunda kalmaksızın, sadece yasağın ihlal edildiğini ispat etmek suretiyle cezaî şart talep edebilecektir (TBK m.180/1)²⁷⁴.

Rekabet yasağı halinde cezaî şart, TBK m.446/2’de özel bir düzenlemeye konu olmuştur. Zira kanun koyucu, rekabet yasağının işçinin Anayasal haklarını kısıtlamasının yanı sıra işverenin menfaatleri açısından önemini de dikkate almıştır. Bu nedenle mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu m.340/b maddesini de göz önünde tutarak, cezaî şarta ilişkin TBK m.179 ve devamı hükümlerinde yer alan genel düzenlemeden farklı bir düzenleme getirilmiştir. Bununla birlikte iki düzenleme arasında bağlantı kurulmadığından, konunun ayrı bir başlık altında incelenmesi uygun olacaktır.

Alman Ticaret Kanunu m.75/c’de, rekabet yasağına aykırılık hali için özel olarak cezaî şart düzenlenmiştir. Bununla beraber Alman Ticaret Kanunu’nda yer alan rekabet yasağı bakımından cezaî şart, iki farklı durum gözetilerek iki ayrı fıkra düzenlenmiştir. İlk fıkra, karşı edim kararlaştırılan rekabet yasağı ihlali halinde cezaî şart; ikinci fıkra ise karşı edim kararlaştırılmamış rekabet yasağı ihlali halinde

Auflage, München, C.H.Beck, 2016, HGB §75c, Rn.1; Löwe, s.122; Ayiter, s.475; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.80.

²⁷³ Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.1; Rickenbach, s.168; Bauer, Diller, Rn.631; Grunsky, s.69; Löwe, s.122; Buchner, s.132; Bohny, s.154; Süzek, s.369; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.80; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.85; Taşkent, Kabakçı, s.39; Yıldız, s.62.

²⁷⁴ Rickenbach, s.168; Grunsky, s.130; Bauer, Diller, Rn.631; Bauer, Diller, **NJW**, 2002, s.1614; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.1; ErfK./Oetker, §75c, Rn.1; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.1; Baumbach, Hopt, Roth, HGB §75c, Rn.1; Löwe, s.122; Ayiter, s.475; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.80; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.85; Süzek, s.369; Taşkent, Kabakçı, s.39; Alpogut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.952. Ayrıca bkz. Y.9.HD., T.12.07.2005, E.2005/2189, E.2006/24839, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 01.03.2019. Cezaî şartı doğuran olayın işin niteliği gereği sadece bir tarafın eylemi ile gerçekleşiyorsa, cezaî şart kararlaştırılmasının karşılıklı olması zorunluluğu yoktur. Zira bu durumda cezaî şartın iki taraflı kararlaştırılması da mümkün değildir. Bu gibi durumlarda işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılmamasına yönelik ilke, işverenin korunmaya değer haklı menfaati ile sağlanmaktadır. Dolayısıyla işçinin rekabet etmeme borcu bakımından, tek taraflı cezaî şart kararlaştırıldığı gerekçesiyle geçersizlik yaptırımı uygulanmamalıdır. Bu görüş yönünde bkz. Şahlanan, **Belirli Süreli**, s.356; Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.71; Alpogut, **Türk Borçlar Kanunu**, s.954; Baycık, **Cezai Şart**, s.8-9.

cezaî şarta dair düzenleme öngörülmüştür²⁷⁵. Ayrıca belirtilmelidir ki uygulamada çoğunlukla, rekabet yasağı sözleşmesi işveren tarafından önceden hazırlandığı için, bu sözleşmede yer alan cezaî şart da genel işlem koşulları içerik denetimine tâbi olmaktadır.

b. Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Kararlaştırılan Cezaî Şartın Geçerliliği

(1) Geçerlilik Şartları

Rekabet yasağı sözleşmesinde cezaî şart belirlenmemişse, işçi rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, işverenin ispat edebildiği miktardaki zararın tazmini ile yükümlü olmaktadır. Bunun yanı sıra sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde karşı edim talep etme hakkını da kaybedecektir. Fakat rekabet yasağını ihlal etmesi halinde elde edeceği kazanç daha yüksekse, karşı edimi kaybetme olasılığı bile işçiyi borcunu ihlal etmekten caydıramayabilecektir²⁷⁶. Zararın ispatının güçlüğü de dikkate alındığında ortaya çıkan sonuç, işverenin rekabet yasağı sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırmasında haklı menfaati olduğudur²⁷⁷.

²⁷⁵ ErfK./Oetker, §75c, Rn.1; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.1; Baumbach, Hopt, Roth, HGB §75c, Rn.1; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.1; Bauer, Diller, Rn.631.

HGB m.75/c'nin ikinci fıkrasında yer alan rekabet yasağının ihlal edilmesinin işverenin karşı edim ödemesine bağlanmadığı haller için öngörülen düzenleme, bugün için Almanya'da uygulama alanı bulmamaktadır. Zira karşı edim belirlenmesi rekabet yasağı için bir geçerlilik şartıdır. Dolayısıyla uzun yıllardır karşı edim belirlenmeden imzalanan rekabet yasağı sözleşmesine neredeyse hiç rastlanmamaktadır. Alman Federal İş Mahkemesi de karşı edim kararlaştırılmayan rekabet yasağı anlaşmasını geçerli kabul etmemektedir. Ayrıca daha da önemlisi karşı edim bakımından istisnai hallere -örneğin Avrupa dışında çalışan Alman işçiler- yer veren HGB m.75/b'nin mülgası ile birlikte; bu halle karşılaşılacak son olanağın da ortadan kalktığına dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla hükmün konusuz kaldığı ifade edilmektedir. Belirtmelidir ki HGB m.75/c'nin ikinci fıkrasında yer alan söz konusu hüküm, cezaî şartın muaccel olması halinde, işverenin sadece cezaî şart talep edebileceğini düzenlemektedir. Buna karşılık işveren, borcun yerine getirilmesini veya ek zararın karşılanması talep hakkına sahip değildir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK./Oetker, §75c, Rn.6; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75C, Rn.1; Baumbach, Hopt, Roth, HGB §75c, Rn.7; Hamann, Rudnik, s.352; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.107. Benzer yönde bkz. Buchner, s.202.

²⁷⁶ Bauer, Diller, Rn.631; Bauer, Diller, NJW, 2002, s.1614; Diller, NZA, 2005, s.254.

²⁷⁷ Yargıtay'a göre rekabet yasağı, işyeri devri ve geçici iş ilişkisi sırasında da devam etmektedir. Bu nedenle işçinin bu hallerde borcu ihlal etmesine yönelik cezaî şart kararlaştırılması da mümkün olmalıdır. Nitekim Yargıtay kararında şu ifadeye yer vermiştir: "...İşçi ve işveren arasında rekabet yasağını öngören düzenleme, işyeri devri halinde de kural olarak geçerliliğini sürdürür. Devralan işverenin başka bir amaca yönelmesi ve faaliyet alanını değiştirmesi halinde ise rekabet yasağı sona erer. İşçinin iş sözleşmesinin feshinden sonra rekabet yasağına uyma yükümü, geçici iş ilişkisi sırasında

TBK m.444 uyarınca (OR m.340, HGB m.74) rekabet yasağı sözleşmesi, yazılı olarak kararlaştırılmalıdır²⁷⁸. Bu şartın önemi, rekabet yasağı sözleşmesinde cezaî şart kararlaştırılmasının şekli bakımından ortaya çıkmaktadır. TBK m.182/2 ve OR m.163/2’de yer aldığı üzere, asıl borç herhangi bir nedenle geçersiz ise cezaî şart da talep edilemeyecektir. Alman Hukuku’nda bu husus cezaî şarta ilişkin genel hükümler içinde yer alan BGB m.344’de açıkça, asıl sözleşmenin geçersiz olmasının, “cezaî şart anlaşması”nın geçersizliğine yol açacağı şeklinde öngörülmüştür. Nitekim her üç kanundaki düzenleme, cezaî şart anlaşmasının fer’i niteliğinden kaynaklanmaktadır²⁷⁹. Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olması halinde, cezaî şart anlaşması da geçerli olacaktır²⁸⁰. Zira rekabet yasağının geçerliliği, cezaî şart anlaşmasının geçerlilik şartlarındandır. Hal böyleyken rekabet yasağı sözleşmesi için yazılılık bir geçerlilik şartı olduğundan, fer’i niteliği haiz cezaî şart da yazılı olarak sözleşmede yer almalıdır²⁸¹.

Alman Hukuku’nda, rekabet yasağı ihlaline yönelik olarak cezaî şart kararlaştırılması bakımından özel bir yasak hükmü vardır. BBiG m.12/2 gereği, çıraklar bakımından rekabet yasağını güvence altına almak için cezaî şart kararlaştırılamaz. Zira kanuna göre bu kişilerle, ancak çıraklık ilişkisinin bitmesine altı ay kalmış olması ve işverenin, çırak ile iş ilişkisi kurmakla yükümlenmiş olması şartıyla, bu ilişkinin sona ermesinden sonra geçerli olmak üzere rekabet yasağı sözleşmesi imzalanabilecektir²⁸². Esasen burada çıraklık dönemi sonrası için işveren

da devam eder. Bu noktada işçinin ödünç alan işverene bağlı olarak yapmakta olduğu çalışmalarının da rekabet yasağının ihlali olarak değerlendirilmesi mümkündür...”. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.15.04.2010, E.2008/24493, K.2010/10480, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 01.03.2019 ve bu kararın eleştirisi için bkz. Alpagut, **Değerlendirme 2010**, s.62-63.

²⁷⁸ ErfK./Oetker, §75c, Rn.1; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.2; Bauer, Diller, Rn.633h; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.105; Buchner, s.133.

²⁷⁹ BK-Rehbinder, Art 340b OR, Rn.7; Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.7; Rickenbach, s.168.

²⁸⁰ Alman Hukuku’nda ileri sürülen bir görüşe göre, rekabet yasağı sözleşmesi bağlayıcı değilse ve işçi de bunu öngörmüş ve seçim hakkını, yasağa uymama şeklinde kullanmışsa, işveren artık cezaî şart talep edemeyecektir. Bu görüş için bkz. Bauer, Diller, Rn.631.

²⁸¹ ErfK./Oetker, §75c, Rn.1; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.2; Bauer, Diller, Rn.631; Baumbach, Hopt, Roth, HGB §75c, Rn.1. Doktrinde bazı yazarlar, her iki sözleşmenin aslında birbirine bağlı olmadığını ileri sürmektedir. Zira kısmi hükümsüzlük hükmü dikkate alındığında, iş sözleşmesinin geçersizliğine rağmen rekabet yasağı sözleşmesine uyulması ve karşılığında işçiye karşı edim ödenmesinde işverenin menfaati olabileceği belirtilmektedir. Bu konuda bkz. MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.2; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.40.

²⁸² ErfK./Oetker, §74 HGB, Rn.4; MüArbR/Wank, §107, Rn.4; Bauer, Diller, Rn.369; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.57. Çıraklık ilişkisinin bitmesine üç ay kala bu sözleşme yapılabileceği şeklinde farklı

yanında çalışmaya devam etmesi şartıyla, rekabet yasağı sözleşmesi mümkün kılınmıştır. Fakat çıraklarla yapılan rekabet yasağı sözleşmesinde cezaî şart bulunmaması, olumsuz bir geçerlilik şartı olarak görülebilir. Aynı şekilde Türk Hukuku'nda da işçi niteliğini haiz olmayan çıraklar ve stajyerler ile rekabet yasağı sözleşmesi imzalanması geçerli kabul edilemeyeceğinden, bu kişilerle rekabet yasağının ihlali haline yönelik olarak cezaî şart kararlaştırılması da mümkün değildir²⁸³.

(2) Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulu Olarak Düzenlenen Cezaî Şartın Denetimi

Uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere, rekabet yasağı sözleşmesi, işveren tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanmış ve ileride benzer birçok sözleşmede kullanma amacı taşıyan tip iş sözleşmesi içinde, genel işlem koşulu niteliğini haiz bir kayıt olarak yer almakta veya ayrı bir sözleşme olarak imzalanmaktadır. Bu nedenle rekabet yasağı hükümleri ile bu hükümler içinde yer alan cezaî şart düzenlemesi, genel işlem koşulu denetim sürecine dâhil olacaktır.

Türk Hukuku'nda, TBK m.20 ve devamında genel işlem koşulu ve üç aşamalı denetim süreci ayrıntılı hükümlerle düzenlenmiştir. Alman Hukuku'nda ise BGB m.309/6'da yer alan cezaî şart yasağı, daha önce açıklandığı üzere sadece aynı fıkra da sayılı olan dört hal bakımından yasak getirmektedir²⁸⁴. Bu durumda rekabet yasağı ihlali için kararlaştırılan cezaî şart, bu dört hal içinde, özellikle de sözleşmeye aykırılık hali içinde değerlendirilebilir mi incelenmesi gereken bir konudur. Nitekim rekabet yasağı halinde kararlaştırılan cezaî şart, bu dört halden birine dâhil kabul edilirse genel işlem koşulu denetimi dışında kalacaktır²⁸⁵.

Alman Hukuku'nda ise doktrinde, BGB m.309/6'da yer bulan genel işlem koşulu olarak cezaî şart kararlaştırma yasağının, yapmama borçlarının kötü ifası veya

düzenleme içeren eski BBiG m.5 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Grunsky, s.30; Schwedes, s.93; Buchner, s.128; Lohr, s.432.

²⁸³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. 3. Bölüm, I, B, 1.

²⁸⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, B, 2, b.

²⁸⁵ Bauer, Diller, *NJW*, 2002, s.1614; Diller, *NZA*, 2005, s.253.

hiç ifa edilmemesi hallerine dair kararlaştırılan cezaî şartı kapsamadığı savunulmaktadır. Bunun sonucunda rekabet yasağı için kararlaştırılan cezaî şart, bu maddede yer alan dört hal kapsamında da sayılmadığından, genel işlem koşulu denetimine tâbi olarak değerlendirilmektedir²⁸⁶.

Rekabet yasağının ihlaline ilişkin cezaî şartın genel işlem koşulu olarak düzenlendiği durumlarda, bu klotun, hem Türk ve İsviçre Hukuku'nda hem de Alman Hukuku'nda genel işlem koşuluna ilişkin üç aşamalı denetimden geçmesi gerektiği, kanaatimizce de isabetli olarak kabul edilmektedir²⁸⁷. İlk aşama olarak yürürlük denetimi ele alındığında, TBK m.21-22 (BGB m.305/c) düzenlemesi uyarınca, genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dâhil olup olmadığı incelenecektir²⁸⁸. Bunun için ise düzenleyen tarafından, karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilmesi, bu koşulların içeriği hakkında sözleşme kurulmadan önce bilgi edinme imkânı tanınması ve bu koşulların karşı tarafça kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır. Ek olarak, sözleşme niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşulları da yazılmamış sayılacaktır²⁸⁹. Genel işlem koşulu klotunun beklenmedik nitelikte olmaması şartı, rekabet yasağının ihlaline yönelik kararlaştırılan cezaî şart bakımından fazla uygulama alanı

²⁸⁶ Bauer, Diller, Rn.633a; Diller, **NZA**, 2005, s.253; Straube, s.119; Leder, Morgenroth, s.953.

Rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart, BGB m.309/5'deki zarara üst sınır belirlenmesi yasağına da tâbi değildir. Zira rekabet yasağındaki cezaî şartın öngörülme amacı rekabet yasağına uyulmasının sağlanmasıdır. Yoksa sadece zararın hesaplanmasının kolaylaştırılması değildir. Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmesindeki cezaî şart, BGB m.309/5'deki yasağı da tâbi görülmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bauer, Diller, **NJW**, 2002, s.1614; Diller, **NZA**, s.253. ErfK./Oetker, §75c, Rn.1; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.2a; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.4.

Bauer, Diller, BGB m.310/4 kapsamında değerlendirme yaparak, rekabet yasağındaki cezaî şartı iş hukukunda geçerli olan özel durumlar içinde sayılan “*fiili durum*” olarak kabul etmektedirler. Zira işverenin uğradığı zararı ispat etmesinin güç olması dolayısıyla cezaî şart kararlaştırılması, işverenin ticari olarak varlığının yok olmasına karşı da koruma sağlamaktadır. Dolayısıyla yazarlar, rekabet yasağı sözleşmesinde de cezaî şart kararlaştırılmasının genel işlem koşulu denetimine dâhil olduğunu savunmaktadırlar. Bu görüş için bkz. Bauer, Diller, Rn.633b.

Rekabet yasağı hali için kararlaştırılan cezaî şartın, BGB m.309/6'da sayılan dört yasak hali içine girmemesi dolayısıyla cezaî şart klotu yasağına tâbi olmadığı ve genel işlem koşulu olarak düzenlenmesi halinde, BGB m.305-307'deki içerik denetimi hükümlerine tâbi olduğu yönünde bir yargı kararı için bkz. BAG, Urteil vom 14.08.2007, 8 AZR 973/06, **NZA**, 2008, Heft 3, s.170-172. Ayrıca bu yönde bkz. BAG, Urteil vom 18.08.2005, 8 AZR 65/05, **NZA**, 2006, Heft 1, s.34-37.

²⁸⁷ Straube, s.119.

²⁸⁸ Süzek, s.70; Civan, s.163.

²⁸⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, B, 3, b, (1).

bulamayacaktır. Zira uygulamada rekabet yasağı sözleşmelerinde yaygın olarak cezaî şart kararlaştırılmaktadır. Yanı bu sözleşmede cezaî şart kararlaştırılması beklenen bir husustur. Fakat özellikle cezaî şart hükmünün, başka bir hükmün içine saklanması, cezaî şart ile ilgili olmayan bölümde yer verilmesi gibi hallerde cezaî şart düzenlemesi yazılmamış sayılabilecektir²⁹⁰.

Yürürlük denetimi sonucunda, rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan cezaî şartın, sözleşmenin içeriği haline geldiği tespit edildiğinde, bir sonraki aşama olan yorum denetimine geçilecektir. TBK m.23’de düzenlenen yorum denetimi kapsamında, genel işlem koşulu niteliğindeki bir hüküm açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Alman Hukuku’nda ise bu denetim, BGB m.305/c’nin ikinci fıkrasında düzenlenmektedir²⁹¹. Rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan cezaî şart, genellikle işveren tarafından önceden tek taraflı olarak düzenlendiği için, işçi bakımından açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, işveren aleyhine ve işçi lehine yorumlanmalıdır. Buna örnek olarak rekabet yasağının ihlal edilmesi halinde, cezaî şartın bir defa için mi yoksa tekrarlayan ihlaller için kısım kısım mı ödeneceğinin sözleşme metninden açıkça anlaşılabilmesi gösterilebilecektir²⁹².

Rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan cezaî şart yorum denetiminden de başarı ile geçtikten sonra, son olarak TBK m.25’de düzenlenen içerik denetimi aşamasına tâbi tutulacaktır. TBK m.25 uyarınca, sözleşmeyi düzenleyen (*genellikle işveren*) tarafından, tek taraflı olarak önceden hazırlanan hükümlerle, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. Zira sözleşmede, karşı taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırı sınırlamalar getirilmesi ve bununla birlikte karşı tarafın menfaatinin denkleştirilmemesi, kanuna aykırılık oluşturacaktır²⁹³. Örneğin rekabet yasağı

²⁹⁰ ErfK./Preis, §305-310 BGB, Rn.29; Lingemann, s.186; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.4; Bauer, Diller, Rn.633f; Bauer, Diller, **NJW**, 2002, s.1613-1614; Straube, s.119. Ayrıca bu yönde bkz. BAG, Urteil vom 14.08.2007, 8 AZR 973/06, NZA, 2008, Heft 3, s.170-172.

²⁹¹ Henssler, Willemsen, Kalb, BGB, 305/c, Rn.3 vd.; Richardi, s.1059; Süzek, s.71-72. Ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, B, 3, b, (2).

²⁹² Henssler, Willemsen, Kalb, BGB, 305/c, Rn.3.

²⁹³ Bauer, Diller, Rn.633d; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.2a. Benzer yönde ayrıca bkz. Diller, **NZA**, 2005, s.253.

sözleşmesindeki cezaî şartın, işçinin kusurundan bağımsız olarak düzenlenmesi veya zararın tazmini hesaplanırken cezaî şartın hariç tutulacağına dair düzenlemeler, işçi aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bir durum kapsamında sayılacaktır²⁹⁴.

Alman Hukuku'nda ise içerik denetimi, başta BGB m.307 olmak üzere, 308 inci ve 309 uncu maddelerde düzenlenmektedir. BGB Reformu sonrası Alman Hukuku'nda, içerik denetiminden geçemeyen düzenlemeler içinde en sık karşılaşılanı cezaî şartın aşırı miktarda kararlaştırılması halidir. Rekabet yasağında aşırı miktarda yer alan cezaî şart, BGB m.307/1 uyarınca geçersiz sayılacaktır²⁹⁵. Nitekim BGB m.343'de yer alan hâkimin aşırı gördüğü cezaî şartı indirme yetkisine dair hüküm, genel işlem koşulu niteliğini haiz cezaî şart bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Zira BGB m.307'de yer alan içerik denetimi sonucu, ortada geçerli bir cezaî şart olmadığı tespit edildiğinden, hâkim indirim yetkisini de kullanamayacaktır²⁹⁶. Buna karşılık Türk Hukuku'nda, daha önce de belirttiğimiz üzere, kanunda açık bir yaptırım olmadığından ve sözleşmenin ayakta tutulması ilkesinden hareketle, genel işlem koşulu niteliğindeki cezaî şart aşırı miktarda kararlaştırılmış ise geçersizlik hükmü yerine, hâkimin indirim yetkisinin yer aldığı TBK m.182/son hükmünün uygulanması kanaatimizce daha isabetli olacaktır²⁹⁷.

İçerik denetiminin bir diğer ayağı ise “*şeffaflık denetimi*” olarak adlandırılmaktadır²⁹⁸. Buna göre sözleşmedeki hüküm, açık ve anlaşılır olmalıdır. Rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan cezaî şart düzenlemesi, cezaî şartın muacceliyet şartları, miktarı ve sonuçları bakımından yeterli açıklık ve anlaşılabilirliğe sahip değilse, bu hüküm şeffaflık denetiminden geçemeyecektir. Zira genel işlem koşulu niteliğini haiz cezaî şart hükmü, haksız bir karara yol açacak hareket alanı

²⁹⁴ MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.2a; Hamann, Rudnik, s.351.

²⁹⁵ Bauer, Diller, Rn.633d; Diller, **NZA**, 2005, s.253. Bu yönde yargı kararı için bkz. 04.03.2004, 8 AZR 196/03, **NZA**, 2004, Heft 13, s.727-734.

²⁹⁶ Hamann, Rudnik, s.351. Von Hoyningen-Huene, bu uygulamayı ne kadar isabetli bulmasa da BAG kararlarının da bu yönde olduğunu ifade etmektedir. Bkz. MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.2a.

²⁹⁷ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. 2. Bölüm, I, B, 3, b, (3), ii.

²⁹⁸ Genel işlem koşulu çerçevesinde şeffaflık denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, B, 3, b, (3), iii.

yaratmayacak açıklığa sahip olmalıdır²⁹⁹. Örneğin, “*büyük bir rekabet yasağı ihlali için ... miktarda cezaî şart*” kararlaştırılması, şeffaflık kuralına aykırı olacaktır; çünkü ihlalin “*büyük*” olması ifadesi yeterli açıklığa sahip değildir³⁰⁰. Türk Hukuku’nda şeffaflık denetimi bakımından açık bir kanuni düzenleme mevcut değildir. Fakat TBK m.25’deki içerik denetimi hükmü çerçevesinde, dürüstlük kuralı ölçütünün şeffaflık denetimini de içerdiği kabul edilmektedir³⁰¹.

TBK m.25’de içerik denetimi sonucu uygulanması gereken yaptırıma ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakat madde gerekçesi de dikkate alındığında, kısmi hükümsüzlük uygulanması mümkün kabul edilmektedir³⁰². Dolayısıyla kısmen hükümsüz sayılan hüküm dışındaki hükümler geçerliliğini koruyacaktır. Bu nedenle rekabet yasağındaki cezaî şart, içerik denetimi sonucu hükümsüz bile olsa, rekabet yasağına ilişkin diğer düzenlemeler geçerliliğini sürdürecektir. Alman Hukuku’nda ise BGB m.307/1’de yer alan açık hüküm uyarınca, rekabet yasağı hali için kararlaştırılan cezaî şart, kanunda aranan şartlara sahip değil ise içerik denetimi sonucu kesin hükümsüz sayılacaktır. Fakat doktrinde, klozun hükümsüz olduğunun tespit edilmesi halinde, rekabet yasağının diğer hükümleri ile beraber kesin hükümsüz olduğu sonucu doğmayacağı da ileri sürülmektedir³⁰³.

c. Cezaî Şartın Muaccel Olması

Cezaî şartın muaccel olması için aranan ilk şart, işçinin kusurlu davranışı ile borca aykırı davranmasıdır. Rekabet yasağının ihlaline yönelik kararlaştırılan cezaî şart bakımından konu ele alınırsa, menfi bir edim olarak rekabet yasağına uyulmaması halinde cezaî şart muaccel olacaktır³⁰⁴. İşçinin sadece kasti davranışı değil; örneğin rekabet yasağının geçersiz ya da bağlayıcı olmadığını düşünerek ihmalî davranışı ile

²⁹⁹ Oetker/ Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.4; Lingemann, s.190; Reichenbach, s.313. MüArb/ Reichold, §39, Rn.53-54; Henssler, Willemsen, Kalb, BGB, Anh. §305-310, Rn.56. Bkz. BAG, Urteil vom 14.08.2007, 8 AZR 973/06, NZA, 2008, Heft 3, s.170-172.

³⁰⁰ Bauer, Diller, Rn.633e.

³⁰¹ Civan, s.276.

³⁰² Süzek, s.73; Civan, s.309.

³⁰³ Bauer, Diller, Rn.633g. Ayrıca bkz. BAG, Urteil vom 08.03.2006, AP 79 zu §74 HGB.

³⁰⁴ Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.81; Keser, **Rekabet Yasağı**, s.99.

rekabet yasağını ihlal etmesi de bu şartın gerçekleşmesini sağlamaktadır³⁰⁵. Cezaî şartın muaccel olması için zararın varlığı ise bir şart olarak aranmamaktadır. Borcun ihlali halinde zarar ortaya çıkması veya çıkmaması ancak cezaî şartta indirim yapılması için bir ölçüt olarak kabul edilebilecektir³⁰⁶. Cezaî şartın muaccel olması için işveren tarafından, işçinin borca aykırı davrandığının ispat edilmesi yeterlidir³⁰⁷.

Cezaî şartın muaccel olmasına yol açan haller, cezaî şart anlaşmasından açıkça tespit edilebilmelidir. Örneğin, her bir borca aykırılık halinde veya devam eden aykırılık hallerinde her ay işveren için yeniden cezaî şart talep etme hakkının ortaya çıkacağı şeklinde farklı düzenlemeler öngörülebilecektir. Eğer taraflar sözleşmede açık bir belirleme yapmamışsa, hangi ihlal halinde cezaî şart ödenmesi gerektiğinin tespiti için sözleşmenin yorumlanması gerekecektir³⁰⁸. Doktrinde bir görüş tarafından sözleşmenin yorumunda, cezaî şartın miktarının bir ölçüt olarak ele alınabileceği savunulmaktadır³⁰⁹. İsviçre Hukuku'nda ileri sürülen görüşe göre ise uyumsuzluk halinde cezaî şartın kural olarak, rekabet yasağının bir kez ihlal edilmesi hali için kararlaştırılmış sayılacağı kabul edilmektedir. Bunun istisnası ise tarafların sözleşmede aksine bir düzenleme öngörmüş olmalarıdır³¹⁰.

Alman Hukuku'nda genel hükümlerde düzenlenen cezaî şarttan (*BGB m.339/2*) farklı olarak, rekabet yasağına aykırılık teşkil edecek her bir hareket halinde cezaî şart ödenmesi istisna kabul edilmektedir. Aksi bir sonuca, ancak sözleşmenin yorumlanması ile varılabilecektir. Bu yorumda sözleşmede yer alan cezaî şartın miktarı, rekabet yasağına uyulmasının işveren menfaati açısından önemi, karşı edimin miktarı gibi ölçütler dikkate alınacaktır. Doktrinde bir görüşe göre, yorum sonucunda sözleşmedeki cezaî şart miktarı yüksek olup; buna karşılık örneğin kısa süreli veya tek seferlik ortaya çıkan rekabet yasağı ihlali mevcutsa, cezaî şartın tamamının ödenmesi talep edilemeyecektir. Bununla beraber işverenin menfaati, örneğin işyeri sırlarının

³⁰⁵ Bauer, Diller, Rn.648; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.5.

³⁰⁶ Bauer, Diller, Rn.649.

³⁰⁷ Taşkent, Kabakçı, s.39.

³⁰⁸ MüKoHGB/ von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.3; Oetker/ Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.5; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.105.

³⁰⁹ Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.105.

³¹⁰ BK-Rehbinder, Art 340b OR, Rn.9; Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.7; Rickenbach, s.169; Bohny, s.159.

rakip işverenle paylaşılması gibi hallerde önemli ölçüde zarar görüyorsa, tek seferlik rekabet yasağına aykırı davranış bile cezaî şartı muaccel hale getirecek ve yüksek miktarda talep edilmesini geçerli kılabilecektir³¹¹. Sözleşmede, işçinin bir kerelik rekabet yasağı ihlalinin, cezaî şartın sadece bir kısmının ödenmesini gerektireceği şeklinde bir kararlaştırma da yapılabilecektir³¹². Hal böyleyken, sözleşmede açıkça tek seferlik ihlal ile devam eden ihlal kavramlarına yer verilmesi, uyuşmazlık halinde sonuca ulaşılmasını kolaylaştıracaktır³¹³.

d. Cezaî Şartın Ödenmesi

(1) Cezaî Şarta İlişkin Hükümler ile Rekabet Yasağına İlişkin Hükümler Arasındaki İlişki

Rekabet yasağının ihlaline yönelik cezaî şart kararlaştırılması halinde, kural olarak genel hükümler içinde yer alan TBK m.179 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bununla beraber TBK m.446/2’de, cezaî şarta ilişkin genel esaslardan ayrılan özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükümlerin birbiri ile ilişkisinin irdelenmesi konumuz açısından önem arz etmektedir.

TBK m.179/1 uyarınca alacaklı (*işveren*), borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ya cezaî şartı ya da borcun ifasını talep edebilecektir. Yani alacaklıya seçimlik hak tanınmıştır. Bununla beraber TBK m.446/2’de, genel esaslardan farklı olarak, işçiye özel bir hak tanınmıştır. Buna göre, yasağı aykırı davranış bir cezaî şarta bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa işçi, kararlaştırılan miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilecektir. Görüldüğü üzere bu hüküm, aksi kararlaştırılabilecek bir yedek hukuk kuralı niteliğine sahiptir³¹⁴. İşçinin, cezaî şartı ödemesi ile birlikte rekabet yasağı ortadan

³¹¹ MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.4; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.105.

³¹² MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.5.

³¹³ Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.105; Buchner, s.202.

³¹⁴ Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.80; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.86; Süzek, s.369; Taşkent, Kabakçı, s.39; Yıldız, s.65; Keser, **Rekabet Yasağı**, s.99; Uşan, **İş Sırrı**, s.267. İsviçre OR m.340/b, 2 uyarınca aynı düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BK-Rehbinder, Art 340b OR, Rn.9; Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.8; Rickenbach, s.168-169.

kalkacağından, bu zamandan sonra süregelen rekabet edici davranışlar borca aykırı olmaktan çıkacak ve ortaya çıkan zararın tazmini de gerekmeyecektir³¹⁵. Doktrinde bu hüküm çerçevesinde genel esaslardan farklı olarak, işverene cezaî şart ile borcun ifası arasında seçim hakkı tanınmadığı; bu halde işçinin, kural olarak rekabet yasağına aykırı faaliyeti bırakmaya zorlanamayacağı kabul edilmektedir³¹⁶.

Kanun koyucu, aşağıda inceleneceği üzere Alman Hukuku'ndan farklı olarak, bahsi geçen iki hüküm arasında açıkça bir bağlantı kurmamıştır. Fakat TBK m.446/2, rekabet yasağı bakımından özel bir hüküm olduğundan, TBK m.179 ve devamı hükümleri ancak özel hükmün kapsamı dışında kalan alana yönelik düzenleme getirebilecektir. Dolayısıyla TBK m.446/2'nin, rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart bakımından uygulama önceliği mevcuttur. Bu hüküm kapsamında düzenlenmeyen konularda, uygun düştüğü ölçüde genel hükümde yer alan kurallar uygulama alanı bulacaktır.

Cezaî şartın, belki de yıllar önce rekabet yasağı sözleşmesi düzenlenirken belirlenen bir miktar olarak kararlaştırıldığı ve bu dönemde ortaya çıkacak zararın henüz tam olarak öngörülemeyeceği dikkate alındığında, cezaî şartın miktarı kimi olayda yetersiz kalabilecektir. İşte böyle bir durumda, işçinin hakkaniyete aykırı olacak şekilde, ortaya çıkan zararın miktarına nazaran az miktardaki cezaî şartı ödeyerek, rekabet yasağı borcundan kurtulmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Bu nedenle TBK m.446/2'de işçinin, cezaî şartı aşan miktarı gidermek zorunda olduğuna yer verilmiştir³¹⁷. Fakat bu durumda yine genel hükümler içinde yer alan TBK m.180/2 uygulama alanı bulacak ve işveren, aşkın zararı işçinin kusurunu ispat etmedikçe talep edemeyecektir³¹⁸.

³¹⁵ Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.8; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340b, Rn.5; Bohny, s.158; Tunçomağ, **C.I.**, s.528-529.

³¹⁶ Bohny, s.154; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.81; Karagöz, s.245.

³¹⁷ Taşkent, Kabakcı, s.39. İsviçre Hukuku için bkz. BK-Rehbinder, Art 340b OR, Rn.7; Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.9; Rickenbach, s.169; Bohny, s.159. Aşkın zararın talep edilebilmesi için, rekabet yasağı sözleşmesinde bu hususun ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Bu yönde bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.122; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.30; Uşan, **İş Sırrı**, s.368. Aksi görüş için bkz. Akyiğit, **Rekabet Yasağı**, s.20.

³¹⁸ Santoro, s.56; Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.9; Tunçomağ, **C.I.**, s.529; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.85; Taşkent, Kabakcı, s.39.

TBK m.446/2’de yer alan düzenleme, TBK m.179/3’de yer alan dönme cezasından da farklıdır³¹⁹. Zira dönme cezasında bu hakkı kullanan borçlunun, böyle bir hakkı olduğunu ispat etmesi ve dönme beyanını açıkça yapması aranmaktadır³²⁰. Oysaki rekabet yasağı halinde borçlunun (işçi), cezaî şartı ödeyerek borcundan kurtulması kural olarak düzenlenmiştir. Bu sonuca, “sözleşmede aksine hüküm” getirilebilme imkânı tanınması dolayısıyla ulaşılabilecektir. Dolayısıyla cezaî şartı ödeyerek borcundan kurtulma imkânı olan işçi değil, sözleşmede aksine düzenleme getirildiğini iddia eden işveren bu iddiasını ispat etmelidir. Bu husustan yola çıkılarak, işverenin yeteri kadar korunamadığı sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle rekabet yasağına aykırı davranışa son verilmesini talep hakkının, işverenin yararı gözetilerek sözleşmede saklı tutulması tavsiye edilmektedir³²¹. Ayrıca bir diğer farklılık olarak, dönme cezasının niteliği gereği cezaî şartı aşan miktar talep edilemeyecekken, TBK m.446/2’de işçinin cezaî şartı aşan zararı gidermesi gerektiğine açıkça yer verilmiştir. Bu noktada belirtilmelidir ki, rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan cezaî şarta ilişkin işçi lehine farklı düzenlemeler öngörülmesi mümkündür.

Alman Hukuku’nda rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart bakımından incelenmesi gereken hükümler iki farklı kanunda yer almaktadır. Bu kapsamda Medeni Kanun’da cezaî şart genel hükümler içinde 340 ıncı madde ve devamında; Ticaret Kanunu’nda ise m.75/c’de düzenlenmektedir. Bu iki kanun arasındaki cezaî şart hükümleri bakımından ilişkiye ise Türk Hukuku’ndan farklı olarak, kanun koyucu açık bir çerçeve çizmiştir. İşçinin, rekabet yasağına aykırı davranışı sonucu cezaî şart muaccel hale geldikten sonra, hukuki sonuçları HGB m.75/c’de özel olarak belirlenmiştir. Buna göre rekabet yasağının ihlal edilmesinin cezaî şart bakımından hukuki sonuçları, genel hüküm olan BGB m.340’a tâbi tutulmuştur. Daha önce açıklandığı üzere, BGB m.340’a göre borcun hiç ifa edilmemesi halinde alacaklı ya cezaî şartı ya da borcun ifasını talep edebilecektir. Buna karşılık HGB m.75/c, 1’de açıkça, sadece BGB m.340’a atıfta bulunulduğundan,

³¹⁹ Doktrinde, BK m.351/2’de yer alan benzer düzenleme, ifayı engelleyen cezaî şart olarak nitelendirmektedir. Bkz. Ayiter, s.476; Tunçomağ, C.I, s.529.

³²⁰ Staehelein, Vischer, Art 340b OR, N.8; Rickenbach, s.169; Bohny, s.154.

³²¹ Bohny, s.154; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.81. TBK m.446/2’nin dönme cezası olduğu yönünde bkz. Karagöz, s.244.

borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde hem cezaî şartın hem de edimin ifasının, yani rekabet yasağına uyulmasının, talep edilmesi şeklinde ifade bulan hukuki sonucun (*BGB m.341*) hariç tutulduğu anlaşılmaktadır. Bu hükme atıf yapılmaması yoluyla kanun koyucunun işçinin korunmasını amaçladığı savunulmaktadır³²².

Alman Hukuku'nda rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şarta, *BGB m.340*'ın uygulanması dolayısıyla ortaya çıkan bir başka hukuki sonuç daha mevcuttur. Buna göre işveren, cezaî şartın ödenmesini talep etmesi durumunda, borcun yerine getirilmemesi dolayısıyla uğradığı zararın tazminini de talep edebilecektir. Fakat bu hükümde ifade edilen, cezaî şartın yanı sıra ortaya çıkan tüm zararın da tazmininin talep edilebilecek olması değildir. *BGB m.340/2* gereği, sözleşmede kararlaştırılan cezaî şart, işçinin rekabet yasağını ihlal etmesi sonucu ortaya çıkan zararın asgari miktarı olarak kabul edilmelidir. Cezaî şart miktarını aşan zarar ise tazminat olarak istenebilecektir³²³. Cezaî şartın asgari miktar kabul edilerek işverenin, zararın tazminini talep etmesi halinde, yine seçimlik hakları arasından cezaî şartı talep ettiği gerçeği değişmeyecektir. Hal böyleyken cezaî şartı seçtiği için, asıl sözleşmeden

³²² ErfK./Oetker, §75c, Rn.3; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.1; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.6; Baumbach, Hopt, Roth, HGB §75c, Rn.3; Löwe, s.122; Buchner, s.202. HGB m.75/c'de rekabet yasağı halinde cezaî şart bakımından atıf yapılan *BGB m.340*'ın, daha ayrıntılı olarak ele alınması halinde ortaya önemli hukuki sonuçlar çıkmaktadır. İlk olarak *BGB m.340* gereği işveren, işçinin rekabet yasağına aykırı davranması halinde borcun ifası ile cezaî şart ödenmesi hakları arasında seçim hakkına sahip olmaktadır. Fakat burada ihlalin bütünü için veya her bir ihlal hali için cezaî şart kararlaştırılması bakımından farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Eğer işveren, aykırılık halinde cezaî şart ödenmesini talep ederse, *BGB m.340/1*'in ikinci cümlesi gereği rekabet yasağı ihlalinin kabullenmek ve gelecekte rekabet yasağına uyulmasını talep etme hakkını kaybetmekle karşı karşıya kalacaktır. Buna karşılık borcun ifa edilmesi hakkını seçerse, tekrar eden ihlal halinde seçim hakkı yeniden doğmaktadır. Fakat sözleşmede her bir ihlal hali için cezaî şart ödenmesi kararlaştırılırsa, işveren cezaî şart ödenmesini seçse bile, gelecekte ortaya çıkacak ihlaller için borcun yerine getirilmesini talep etme hakkı ile cezaî şart talep etme hakkı arasındaki seçim hakkı devam etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK./Oetker, §75c, Rn.3; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.7; Baumbach, Hopt, Roth, HGB §75c, Rn.3; Löwe, s.122; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.106; Löwe, s.122. Kuşkusuz cezaî şart anlaşması, her bir ihlal halinde cezaî şart ortaya çıkmasına yönelik yapıldığı şeklinde yorumlanırsa, işverenin cezaî şart ödenmesine yönelik kararı, gelecekteki borcun ifasına yönelik hakkının kaybına neden olmayacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.7; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.5; Baumbach, Hopt, Roth, HGB §75c, Rn.3; Reinhard, s.299.

³²³ ErfK./Oetker, §75c, Rn.3; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.5; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.8; Baumbach, Hopt, Roth, HGB §75c, Rn.4; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.106.

doğın borcun yerine getirilmesi seçim hakkını da kaybedecektir; meğerki sözleşmede her bir ihlal haline yönelik cezaî şart kararlaştırılmış olsun³²⁴.

Rekabet yasağı halinde cezaî şartı düzenleyen hukuki sonuçlar, HGB m.75/d'den açıkça anlaşılacağı üzere, işçi aleyhine değıştirilemeyecektir. Fakat işçi lehine yapılan değışiklikler geçerlidir. Örneğın doktrinde, işçi lehine olmak şartı ile işverenin borcun ifasını seçim hakkı kaldırılarak, rekabet yasağı ihlalinin hukuki sonucunun sadece cezaî şart talep edilmesi yönünde sınırlandırılabilceğı kabul edilmektedir. Yine rekabet yasağı sözleşmesinde, cezaî şart ödenmesi ile işçinin rekabet yasağı sözleşmesinden kurtulabileceğine ya da aşkın zararın tazmin edilmeyeceğine yönelik kararlaştırma yapılması da mümkün görölmektedir³²⁵.

(2) Rekabet Yasağının Birden Çok Kez İhlal Edilmesi veya Devam Eden İhlal Hallerinde Cezaî Şart

Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından uygulamada en sık karşılaşılan sorun, sözleşmede açıkça bir kararlaştırma yapılmayan hallerde, işçinin rekabet yasağını birden çok kez bağımsız şekilde ihlal etmesi veya temadi eden ihlal halinde cezaî şartın durumudur. Zira çeşitli ihtimaller düşünöldüğünde, cezaî şartın sadece bir defalık ihlal nedeniyle tamamı ödenebilecek, birden çok ihlal halinde kısım kısım ödenebilecek ya da birden çok ihlal olmasına rağmen her defasında tamamı ödenebilecek şekilde kararlaştırılması mümkündür³²⁶.

Rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şartın hangi hallerde ve ne miktarda ödenmesi gerektiğine sözleşmede açık bir şekilde yer verilebilir³²⁷. Örneğın rakip işletmede çalışmaya devam edilen her ay için, sözleşmede öngörölen cezaî şartın tamamının ödeneceğinin kararlaştırılması mümkündür. Eğer cezaî şart sözleşmesinde bu hususlara ilişkin açık bir hüküm mevcut değilse, sözleşmenin yorumlanması yoluyla çözüm aranmalıdır³²⁸. Örneğın, sözleşmenin yorumundan sadece bir defalık

³²⁴ MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.8; Baumbach, Hopt, Roth, HGB §75c, Rn.4.

³²⁵ ErfK./Oetker, §75c, Rn.4; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.9; Baumbach, Hopt, Roth, HGB §75c, Rn.5.

³²⁶ ErfK./Oetker, §75c, Rn.2.

³²⁷ ErfK./Oetker, §75c, Rn.2.

³²⁸ ErfK./Oetker, §75c, Rn.2; Grunsky, s.69.

gerçekleşen rekabet yasağı ihlalinin, yüksek miktarda kararlaştırılan cezaî şart ödenmesini gerektirmediği, aksine devam eden ihlal halinde cezaî şart talep edilebileceği sonucu çıkartılabilir. Meğer ki işverenin menfaati önemli derecede zarar görmüş olsun. Cezaî şart anlaşmasında, her bir bağımsız rekabet yasağı ihlali için cezaî şart öngörüldüğü; ancak devam eden ihlallerin bu kapsamda sayılmadığı şeklinde de yorum yapılabilir³²⁹. Sözleşmede yer alan cezaî şart kaydı yeterli açıklığa sahip değilse, bir görüşe göre yapılacak yorumda cezaî şart miktarı önemli bir ölçüt olacaktır. Sözleşmenin yorumlanması yoluyla da herhangi bir sonuca ulaşılamıyorsa, işçi yararına çözüme ulaşmak düşüncesiyle, cezaî şartın sadece bir defalık ödenmesinin kararlaştırıldığı kabul edilmektedir³³⁰.

Alman Hukuku'nda, rekabet yasağının ihlal edilmesi halinde cezaî şart talebi konusunda çeşitli ihtimallerin incelendiği Federal İş Mahkemesi kararları vardır. Bir uyuşmazlıkta, işçinin rekabet yasağını ihlal eden her bir hareketi için, işverene belirli miktar cezaî şart verilmesi kararlaştırılmıştır. BAG'a göre, devam eden rekabet yasağı ihlali halinde, cezaî şartın bir defa mı yoksa birçok defa mı talep edilebileceği hususunda sözleşmede açıklık mevcut değildir. BAG, sözleşmeyi yorumlama yoluna giderek, devam eden ihlal halinde cezaî şarta her ay yeniden hak kazanıldığına karar vermiştir. BAG, bu olaya özgü şartları incelemiş ve gerekçe olarak cezaî şart miktarının, işverenin ödemeyi üstlendiği karşı edime oranla oldukça düşük olmasına dayanmıştır. Zira Mahkeme tarafların, işçinin bu kadar düşük bir cezaî şart ödeyerek rekabet yasağından kurtulmasını amaçlamış olamayacaklarına dikkat çekmiştir. Ayrıca devam eden ihlal halinde cezaî şartın, her gün için yeniden muaccel olduğunun da kabul edilemeyeceğine kararda yer verilmiştir. Dolayısıyla cezaî şartın, devam eden ihlal halinde, her ay tekrar muaccel olacağı şeklinde anlaşılmasının, her iki taraf menfaatini dikkate alan orta bir yol olacağına dikkat çekilmiştir³³¹. Doktrinde bir

³²⁹ Bu son yorum şekli, genel işlem koşuluna yönelik BGB m.305/c düzenlemesi nedeniyle çok az sürdürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz.ErfK./Oetker, §75c, Rn.2 Ayrıca bkz. BAG, Urteil vom 18.08.2005, 8 AZR 65/05, NZA, 2006, Heft 1, s.34-37.

³³⁰ Santoro, s.58; Bohny, s.155; Buchner, s.65; Grunsky, s.139; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.82; Karagöz, s.245-246.

³³¹ BAG, Urteil vom 26.09.1963, AP1 zu 75 HGB. Rekabet yasağına aykırılık haline yönelik olarak sözleşmede "... *miktar brüt aylık ücret oranında*" cezaî şart ödeneceğine yer verildiğinde, BAG sadece bir defalık ihlal için tüm cezaî şartın ödenmesinin kararlaştırıldığına karar vermiştir. Hatta söz konusu ihlale yönelik davranış sona erdikten sonra, rekabet yasağı süresince bu yasağa tekrar uyulması ve yine

görüŖe göre, yargı kararının tutarlı olarak uygulanabilmesi için, yüksek miktarda cezaî şartın varlığı ve devam eden rekabet yasağı ihlali olasılığında, cezaî şartın sadece bir defalık ödenmesi yönünde yorum yapılmalıdır³³².

Bu noktada tartışılması gereken önemli bir konu ise devam eden ihlallerin söz konusu olduğı bir uyuşmazlıkta, “*her ay için cezaî şartın muaccel*” olması kabul edildiğinde, bir aylık sürenin takvim süresi olarak mı yoksa ihlalden itibaren bir ay olarak mı anlaşılması gerektiğidir. Elbette sözleşmede açık ve anlaşılır bir hükümle bu duruma çözüm getirilebilir. Eğer sözleşmede bu konu düzenlenmemişse, doktrinde bir görüşe göre, “*her ay*” ifadesinden ihlalden itibaren otuz gün anlaşılması işçi lehine bir çözüm olacaktır. Zira aksi kabul halinde, bazı durumlarda otuz gün geçmeden sadece aybaşı geçti diye mükerrer cezaî şart talebi ile karşılaşılması olasılığı ortaya çıkacaktır³³³.

İşçinin rekabet yasağını ihlal eden davranışının, devam eden ihlal niteliğini haiz olması halinde, yukarıda bahsi geçen karara göre, her ay cezaî şart yeniden muaccel olacaktır. Bu durumda her ay yeniden muaccel olan cezaî şart miktarının toplamı oldukça yüksek bir meblağa ulaşabilecektir. İşte bu noktada akla işverenin, işçiyi ihlal gerçekleştğinde uyarması gerekip gerekmediğı sorusu gelmektedir. Zira işveren, rekabet yasağının ihlal edildiğini öğrenmesine rağmen, talep edebileceğı cezaî şart miktarının artması için herhangi bir girişimde bulunmamış olabilir. Buna rağmen

ihlal edilmesi halinde, cezaî şartın rekabet yasağı süresi ile oranlanmadan bütönen ödenmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Nitekim BGB m.343 uyarınca hâkimin indirim yetkisi vardır. Fakat Federal İş Mahkemesi’ne göre bu indirim yetkisi, farklı nitelikteki ihlal edici davranışların dikkate alınması sonucu, rekabet yasağı süresi ile orantı (*pro rata temporis*) kurulması suretiyle kullanılamayacaktır. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 30.04.1971, AP 2 zu 340 BGB. Buna karşılık doktrinde şüphe halinde, sadece rekabet yasağı başladıktan sonra yasak süresince devam eden ihlal halinde sözleşmede kararlaştırılan cezaî şartın bütününe, hak kazanılabileceğı savunulmaktadır. Bkz. Röhlers/Borrmann, s.135. Rekabet yasağı süresince, örneğin tek bir ihlal gerçekleşmişse, cezaî şartın kısmen ödenebileceğı de somut olaya göre kabul edilebilecektir. ErfK./Oetker, §75c, Rn.2.

³³² Gurnsky,s.130. LAG Baden Württemberg, 26.000 Euro karşı edime rağmen, her bir ihlal hali için 6.456 Euro cezaî şart kararlaştırılan bir uyuşmazlıkta, devam eden ihlal hali için sadece bir kere cezaî şart ödenmesi yönünde karara varmıştır. Gerekçe olarak, cezaî şart miktarının uygun olduğuna ve sözleşme boşluğundan söz edilemeyeceğine yer verilmiştir. Bu karar için bkz. LAG Baden-Württemberg/ Mannheim, Urteil vom 6.11.1972, 7 Sa 90/72, BB, 1973, Heft 1, s.40-43.

³³³ Bauer, Diller’in verdiğı bir örneğe göre, 20 Mart tarihinde işçinin bir ihlalde bulunduğı, ikinci ihlalin aynı yıl 15 Nisan tarihinde gerçekleştğı bir olayda takvim ayı kararlaştırılırsa işçi iki kere cezaî şart ödeyecekken, ihlalden itibaren otuz gün geçmesi aranırsa bir defa ödeme yapmakla yükümlü olacaktır. Bu örnek için bkz. Bauer, Diller, Rn.651.

doktrinde ileri sürülen bir görüş, rekabet yasağına uymak zorunda olan taraf işçi olduğundan, işverenin böyle bir uyarıda bulunma zorunluluğu olmadığını kabul etmektedir³³⁴. Bu görüşe göre işçi, rekabet yasağına aykırı davranışının gizli kalacağını düşünerek hareket etmiş olabilir. Buna rağmen işçinin, işverenin daha önce ihlalin farkına vardığını; fakat uyarıda bulunmadığını ileri sürerek, cezaî şartın sadece bir kısmını ödemeyi talep etmesi kabul edilemez. Yine de işverenin davranışının kötünietli olduğu tespit edilirse, cezaî şart miktarında indirim yapılması istisna olarak görülmektedir³³⁵.

Rekabet yasağını ihlal eden hareketin temadi etmesi halinde, sözleşmede, *“devam eden ihlal halinde bir kerelik yüksek miktarda cezaî şart ödenmesi veya uzun süreli ihlal hali için her ay başına daha düşük ama birden çok defa cezaî şart ödenmesi”* ifadesi ile işverene seçimlik hak tanınmasının geçerliliği de değerlendirilmelidir. Doktrinde böyle bir kararlaştırmanın sözleşme serbestisi uyarınca geçerli kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Hatta işçinin, işverenin tercih ettiği türdeki cezaî şartı ödememesi halinde, işverenin diğer hakkını talep etme imkânı olması gerektiği de ifade edilmektedir³³⁶.

Rekabet yasağına ilişkin devam eden ihlalin sadece bir defa veya Federal İş Mahkemesi kararına göre, her ay yeniden muaccel olması dışında karşılaşılabilecek bir başka sorun ise işçinin rekabet yasağına aykırı hareketini sonlandırıp yeniden başlattığında, her bir ihlal halinde cezaî şartın yeniden muaccel olup olmayacağıdır. Yine Federal İş Mahkemesi’ne göre, böyle bir halde her defasında yeni bir rekabet yasağı ihlali hali mevcuttur ve dolayısıyla cezaî şart her defasında yeniden muaccel olmaktadır³³⁷. Fakat yeknesak bir ihlal hali mi yoksa bağımsız bir ihlal hali mi ortaya çıkmış olduğunun tespiti, özellikle rekabet yasağına aykırı davranış olarak serbest mesleki faaliyette bulunulması olasılığında oldukça zordur. Bu nedenle somut olayın özelliklerinin ele alınması, bu hususun tespitinde büyük öneme sahip olacaktır.

³³⁴ Bauer, Diller, Rn.651b. Rekabet yasağı borcu için uyarı yükümlülüğünün, işverenin bilgi sahibi olup olmadığının tespitinin güçlüğü bağlamında değerlendirilmesi için bkz. Fischer, s.333.

³³⁵ Bu görüş için bkz. Bauer, Diller, Rn.651b.

³³⁶ Bauer, Diller, Rn.651a.

³³⁷ BAG, Urteil vom 26.09.1963, AP1 zu 75 HGB.

Tüm bu tartışmalı hususlardan çıkan sonuç ise cezaî şart anlaşmasında yer alan devam eden ihlale ilişkin şartların ve hukuki sonuçların açık ve anlaşılır düzenlenmesinin ne derece önemli olduğudur³³⁸. Nitekim BAG'ın, 14.08.2007 tarihinde verdiği bir kararından da anlaşılacağı üzere, cezaî şart anlaşmasında hangi hallerde cezaî şartın ne miktarda ödenmesi gerektiği, şeffaflık denetimi gereği açıkça düzenlenmelidir. Özellikle yasağı ihlal eden davranışın, devam eden ihlal mi olduğu, yoksa bağımsız ihlaller mi olduğu konusunun sözleşmede açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. BAG, bahsi geçen kararında “*devam eden ihlaller*” ve “*her ihlal halinde*” ifadelerini işçi bakımından yeterli açıklıkta ve anlaşılır bulmamıştır. Bu nedenle de cezaî şart hükmünü şeffaflık denetimi sonucu geçersiz saymıştır. Kararda, işçiden cezaî şart talep edilmesi artık mümkün olmadığından, bu durumda devreye kanun hükümlerinin gireceğine yer verilmiştir. Dolayısıyla ihlal nedeniyle ortaya çıkan zararın varlığı ile miktarının ispatı halinde, zararın tazmini yoluna başvurulabileceğine karar vermiştir³³⁹.

Alman Hukuku'nda kapsamlı olarak incelenen bu sorunlar değerlendirildiğinde, Türk Hukuku bakımından da kanaatimizce, işçiyi belirsizliğe düşüren ve yüksek ekonomik taleplerle karşılaşmasına neden olan sözleşme hükümleri tercih edilmemelidir. Örneğin devam eden ihlalin, bağımsız ihlalin, her bir ihlal halinin ne anlama geldiğine sözleşmede açıkça yer verilmesi uyumsuzlukları büyük ölçüde önleyebilecektir³⁴⁰. Aksi halde hâkimin, uyumsuzluk halinde bir çözüme ulaşabilmesi için yorum metotlarına başvurması gerekecektir. Hukukumuzda bu halde, işçi lehine yorum ilkesi yerine, kanaatimizce sözleşmenin her iki tarafının menfaatlerinin ve hükmün amacının da gözetildiği bir yorum metodu tercih edilmesi isabetli olacaktır.

³³⁸ Bauer, Diller, bu nedenle şöyle bir maddenin cezaî şart anlaşmasında yer verilmesini önermektedir: “*Rekabet yasağının her ihlal hali için X Euro cezaî şart ödenmesi gerekmektedir. Devam eden ihlal halinde ise cezaî şart, her ay başında yeniden muaccel olacaktır.*” Bu öneri için bkz. Bauer, Diller, Rn.652.

³³⁹ BAG, Urteil vom 14.08.2007, 8 AZR 973/06, NZA, 2008, Heft 3, s.170-172. BAG'ın ilgili kararını değerlendiren Diller, mahkemenin somut olaydaki cezaî şarta dair hükmü açık ve anlaşılır bulmamasına katılmakla birlikte; rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan cezaî şart düzenlenmesinin yeterli açıklığa sahip olması için devam eden ihlal ifadesinin açıkça tanımlanmasını ve cezaî şartı aşan zararın tazmini konusuna da yer verilmesini önermektedir. Yazar tarafından, hükmün ne çok uzun ne de çok kısa formüle edilmesi, zira her şeyin açıklanmasının da bazen anlaşılabilirliğe yol açabileceği, bu nedenle hükmün anlaşılabilirliğini artırmak için paragraflara bölünmesi önerilmektedir. Bu görüş ve öneri için bkz. Diller, “*Vertragsstrafen bei Wettbewerbsverboten: was nun?*”, NZA, 2008, Heft 10, s.574-576.

³⁴⁰ Bauer, Diller, Rn.652b-652c; Straube, s.119.

Bu yorum yapılırken, cezaî şartın miktarı ile karşı edim karşılaştırılıp karşılaştırılmadığı hususları da ölçüt olarak ele alınabilmektedir.

e. Rekabet Yasağının İhlali İçin Kararlaştırılan Cezaî Şartın Miktarı ve Hâkimin İndirim Yetkisi

Cezaî şartın miktarı, kural olarak sözleşmede serbestçe belirlenebilmektedir. Dolayısıyla her sözleşmede somut olayın özellikleri dikkate alınarak, farklı miktarlarda cezaî şart belirlenmesi mümkündür. Fakat cezaî şart kararlaştırmanın amacı gözetildiğinde, herhalde işçinin rekabet yasağına uymasını sağlayacak miktarda belirlenmesi isabetli olacaktır. Bunun ölçütü ise rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali halinde, işverenin menfaatinin zarara uğrama tehlikesidir³⁴¹. Uygulamada cezaî şart, çoğunlukla işçinin son brüt ücreti temel alınarak ve belirli bir katı olarak kararlaştırılmaktadır. Bunun yanı sıra belirli bir miktar olarak sözleşmede de belirlenebilmektedir³⁴². Cezaî şartın “işverenin uğrayacağı zarar kadardır” şeklinde kararlaştırılmasında da doktrinde bir görüşe göre sakınca görülmemektedir³⁴³. Fakat kanaatimizce son belirleme, zararın ispatı güç olan hallerde zorluk yaratacak olup, zararın ispatı beklenmeksizin cezaî şart kararlaştırmanın amacına aykırılık oluşturmaktadır.

Rekabet yasağının ihlali için kararlaştırılan cezaî şartın aşırı miktarda olması halinde, TBK m.182 uyarınca (*OR m.163/3, BGB m.343*) hâkim indirim yetkisine sahiptir³⁴⁴. Fakat indirim yapılabilmesi için, işçi tarafından cezaî şartın işverene

³⁴¹ ErfK./Oetker, §75c, Rn.5.

³⁴² BK-Rehbinder, Art 340b OR, Rn.8; Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.10; Rickenbach, s.169; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340b, Rn.4; Süzek, s.369-370. İsviçre yargı uygulaması, cezaî şartın miktar olarak üst sınırını genellikle işçinin bir yıllık ücreti olarak kabul etmektedir. Bu yönde bkz. BGE, 82 II, s.142; JAR 2000, s.253; ZivGer BS, BJM, 1991, S.81.

³⁴³ Bauer, Diller, Rn.635.

³⁴⁴ ErfK./Oetker, §75c, Rn.5; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.6; Baumbach, Hopt, Roth, HGB §75c, Rn.6; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.108; Reinhard, s.299; Grunsky, s.70; Buchner, s.203; Rickenbach, s.169; Yıldız, s.63. Yargıtay bir kararında, “...hakim, fahiş gördüğü cezaî şartı indirmekle yükümlüdür. Cezaî şartın rekabet yasağı sözleşmesinden doğmuş olması, indirim yapılması gereğini ortadan kaldıran bir durum değildir...” ifadesi ile bu hususu açıkça belirtmiştir. Bu karar için bkz.Y.9.HD., T.05.10.2004, E.2003/23807, K.2004/22055, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 01.03.2019. Aynı yönde başka bir karar için bkz. Y.9.HD., T.15.04.2010, E.2008/24493, K.2010/10480, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 26.02.2019.

ödenmemiş olması şarttır. Hâkim tarafından cezaî şartta indirim yapılabilmesi için taraflarca bir talepte bulunulması gerekmemektedir; hâkim resen bu yetkisini kullanabilecektir³⁴⁵. Hâkim, sadece aşırı görülen cezaî şartta indirim yapabilecektir. Yoksa cezaî şartın miktarının hâkim tarafından belirleneceği şeklinde bir hüküm, işçi için rekabet yasağını ihlali halinde ortaya çıkacak hukuki sonuçlar bakımından belirsizlik yaratacağından geçerli olmayacaktır³⁴⁶. Cezaî şartın aşırı olup olmadığı, işçinin açacağı bir tespit davasında veya işverence, cezaî şartın ödenmesi talebi ile açılan ifa davasında inceleme konusu yapılabilecektir³⁴⁷.

Cezaî şartın aşırılığının tespitinde, somut olayın özelliklerine göre işçi ve işverenin her bir haklı menfaati karşılaştırılacaktır³⁴⁸. Buna göre işverenin menfaatleri ile cezaî şart arasında açık bir orantısızlık varsa ve bu orantısızlık, işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek boyutta, adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacak miktarda ise hâkimin indirim yetkisi olduğundan söz edilebilecektir³⁴⁹. Örneğin sözleşmenin türü ve süresi, işverenin uğradığı zarar, ihlalin ağırlığı ve süresi, işçinin

³⁴⁵ Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.6; Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.10; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.86; Yıldız, s.62-63. Aksi görüş için bkz. Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.151; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.82. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 1. Bölüm, X, B, 3.

³⁴⁶ ErfK./Oetker, §75c, Rn.5; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.12. Cezaî şartın miktarının belirlenmesi üçüncü kişiye bırakılabilir. Fakat üçüncü kişinin hâkim olarak kararlaştırılması halinde, işçi bakımından hâkim kararına kadar belirsizlik olacağından, bu üçüncü kişi hâkim olarak belirlenmemelidir. Bu görüş için bkz. ErfK./Oetker, §75c, Rn.5; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.3; Bauer, Diller, Rn.637; Baumbach, Hopt, Roth, HGB §75c, Rn.1; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.108.

³⁴⁷ Rekabet yasağının işçinin rakip işletmede çalışması nedeniyle ihlal edilmesi durumunda açılan dava sürerken, işçi işten ayrılmış ise dava konusuz kalmış sayılmamalıdır. Buna karşılık yasak ihlal edildiğinde, işçinin rakip işletmede çalıştığı süre dikkate alınarak yapılacak indirim sonucu belirlenen miktarda cezaî şarta hükmedilmelidir. Bu görüş için bkz. Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.101; Yıldız, s.65.

³⁴⁸ İsviçre yargı içtihadında, somut olaya göre cezaî şartın aşırılığı ve indirimi yönünde verilen kararlara ilişkin örnekler için bkz. Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.12. Cezaî şart miktarının aşırılığının tespitinde hâkimin dikkate aldığı ölçütlere dair ayrıntılı bilgi için bkz. 1. Bölüm, X, B, 5.

³⁴⁹ BK-Rehbinder, Art 340b OR, Rn.8; Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.10; Rickenbach, s.169-170; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art340b, Rn.6; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.145; Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.83-84; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.86; Yıldız, s.63. Bu konuda bir Yargıtay kararında, "...*tarafların ekonomik ve sosyal durumları da araştırılarak ve yasal ilkeler dikkate alınarak cezaî şartın fahiş olup olmadığının belirlenmesi gerekirken...*" ifadesine yer verilerek somut olaydaki ölçütlerin değerlendirilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Bu karar için bkz. Y.11.HD., 27.09.2013, E.2011/ 15151, K.2013/16953, (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 21.09.2017.

ücreti, işçinin ve işverenin ekonomik durumu, işçinin ekonomik geleceğini zorlaştırma derecesi, işçinin kusurunun ağırlığı dikkate alınacak ölçütlerdendir³⁵⁰.

İşçinin rekabet yasağını ihlal etmesi dolayısıyla işverenin uğradığı zararın miktarı, cezaî şartın talep edilmesi için aranan bir ölçüt değildir. Rekabet yasağının ihlali halinde ortaya çıkan zararın miktarının, sözleşmede kararlaştırılan cezaî şart miktarından az olması da cezaî şartın sadece bu nedenle aşırı olmasına neden olmaz³⁵¹. Buna karşılık 2008 tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, zararın ispatı aşırı cezaî şartın indiriminde bir ölçüt olarak kabul edilmiştir³⁵². Bu bağlamda işveren zararın miktarı hakkında belirli veriler ortaya koymuş ise hâkim, cezaî şartın aşırılığının tespitinde bu hususu da bir “ölçüt” olarak dikkate almalıdır.

Rekabet yasağı sözleşmesinde işveren, işçinin yasağa uymasına karşılık karşı edim ödemekle yükümlü tutulabilmektedir. Bu durumda doktrinde hâkim olan görüşe göre, rekabet yasağına aykırılık hali için kararlaştırılan cezaî şartın miktarının, işverenin ödemesi gereken karşı edimle orantılı olmasına gerek yoktur³⁵³. Nitekim cezaî şartın miktarı, genellikle rekabet yasağına uyulmaması halinde işverenin karşılaşacağı sonuçlara göre belirlenmektedir. Dolayısıyla sözleşmede kararlaştırılan cezaî şart miktarı, işverenin ödemesi gereken karşı edim miktarını çoğu zaman aşabilecektir³⁵⁴. Fakat aşırı miktardaki cezaî şarttan yapılacak indirimde, işverenin karşı edimle yükümlü tutulması bir ölçüt olarak dikkate alınmalıdır³⁵⁵.

³⁵⁰ ErfK./Oetker, §75c, Rn.5; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.11; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.6; BK-Rehbinder, Art 340b OR, Rn.8; Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.10; Rickenbach, s.170; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340b, Rn.5; Bohny, s.159. Konu ile ilgili bir İsviçre Yüksek Mahkeme kararı için bkz. BGE, 103 II, s.108.

³⁵¹ Staehelin, Vischer, Art 340b OR, N.11; Rickenbach, s.169; Streiff, Von Kaenel, Rudolph, Art 340b, Rn.5.

³⁵² Y.HGK., T.22.09.2008, E.2008/9-517, K.2008/506, (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 21.09.2017.

³⁵³ ErfK./Oetker, §75c, Rn.5; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.11; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.6; Baumbach, Hopt, Roth, HGB §75c, Rn.6; Schaub, ArbR-Hdb., §58, Rn.108; Bohny, s.156-157.

³⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK./Oetker, §75c, Rn.5; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.10; Bauer, Diller, Rn.643; Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.6; Buchner, s.203.

³⁵⁵ Karşı edimin dikkate alındığı bir kararda, “...Ancak mahkemece sözü edilen indirim dışında % 30 oranında hakkaniyet indirimi yapılması hatalıdır. Zira somut uyuşmazlıkta rekabet yasağına aykırılık sebebiyle işçiden talep edilen tutar işveren tarafından daha önce ödenmiş olan miktardır. Başka bir anlatımla rekabet yasağına aykırılık sebebiyle işçinin malvarlığından eksilmeye neden olacak bir talepte bulunulmamıştır. İşverence ivazlı rekabet yasağı kapsamında yapılmış olan ödemenin iadesi istenmiştir. Bu noktada iadesi istenen cezaî şartın fahiş olduğundan da söz edilemez. Bilirkişi

Cezaî şartın aşırı olmasına dayanılarak yapılan indirim, doktrinde bazı hallerde yeterli bulunmamaktadır³⁵⁶. Yargı kararlarında da görüldüğü üzere, en sık kullanılan indirim ölçütü, rekabet yasağı süresi içinde ihlalin gerçekleştiği zamana göre yapılan indirimdir. Yani ihlalin gerçekleşme zamanı ile bakiye süre arasında orantı kurulması yoluyla da bir indirim yapılması beklenmektedir. Örneğin yasak süresi içinde, sürenin dolmasına yakın gerçekleştirilen ihlal halinde, işverenin de korunmaya değer menfaatinin azaldığı gerekçesine dayanılarak indirim yapılmaktadır³⁵⁷. Daha önceki bölümlerde de belirttiğimiz üzere³⁵⁸, kanaatimizce hâkimin indirim yetkisi sadece TBK m.182/3 uyarınca aşırı miktarda olması hali için öngörülmüştür. Bu yetkiye dayalı olarak bir indirim yapıldıktan sonra, bir de sözleşme süresi ile orantılı bir indirim yapılması, hatta bu indirimin bir ölçüt olarak değil, her halde mutlak bir kuralmış gibi uygulanması isabetli değildir. Zira rekabet yasağı süresinin bitmesine az bir süre kala gerçekleşen ihlalin işveren menfaatine olan zararı, rekabet yasağı süresinin başında gerçekleşen ihlal ile eşit hatta daha fazla bile olabilecektir. Dolayısıyla bu husus, diğer ölçütler ile beraber değerlendirilerek, sadece cezaî şartın aşırılığının tespitinde dikkate alınabilecek bir ölçüt olarak görülmelidir.

Alman Hukuku'nda genel işlem koşulu niteliğini haiz olmayan rekabet yasağı sözleşmeleri için hâkimin aşırı bulduğu cezaî şartı indirim yetkisine ilişkin BGB m.343'ün uygulanmasında herhangi bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Hâkim, yukarıda sayılı ölçütleri dikkate alarak cezaî şartı aşırı bulursa takdir edeceği makul sınıra indirebilecektir. Fakat daha önce de ifade edildiği üzere, mahkeme kararları ile doktrinde hâkim görüş, tip sözleşmede yer alan cezaî şartın genel işlem koşulu hükümlerine tâbi olduğu yönündedir³⁵⁹. Bu durumda devreye genel işlem koşulu

raporunda, rekabet yasağına aykırı davranılan süreye göre oranlama yoluyla yapılan indirim yeterli olup mahkemece ayrıca indirime gidilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir..." ifadesine yer verilmiştir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.05.02.2013, E.2010/36445, K.2013/4274, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 01.03.2019.

³⁵⁶ Bohny, s.158; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.86; Taşkent, Kabakcı, s.39; Yıldız, s.64.

³⁵⁷ Bohny, s.158; Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.86; Taşkent, Kabakcı, s.39; Yıldız, s.64. Şahlanan'a göre, rekabet yasağı sözleşmesinin konu, süre ve yer bakımından uygun bir sınırlamaya sahip olmaması halinde, aşırılık sözleşmenin geçersizliğini doğuracak boyuta da ulaşmamışsa, hâkim cezaî şartta indirim yaparak sınırlamalarda ortaya çıkan aşırılığı dolaylı biçimde hafifletebilecektir. Bu görüş için bkz. Şahlanan, **Rekabet Yasağı**, s.86. Benzer yönde bkz. Uşan, **İş Sırrı**, s.269.

³⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 1. Bölüm, X, B, 3.

³⁵⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, B, 3, b, (3), ii.

denetim hükümleri gireceğinden, aşırı cezaî şart kararlaştırılması halinde Türk Hukuku'ndan farklı olarak, Alman Hukuku'nda BGB m.343 kapsamında bir indirimden söz edilemeyecektir. Zira Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, aşırı cezaî şart kararlaştırılmış olması halinde, BGB m.307'deki içerik denetimi uyarınca cezaî şart hükmü geçersiz olacaktır³⁶⁰. Bu nedenle rekabet yasağı sözleşmesinde az da olsa aşırıya kaçan cezaî şartın bile BGB m.307 uyarınca karşı taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırı durum yaratabileceği kabul edilmektedir³⁶¹.

Alman Hukuku'nda, yargı kararlarında genellikle cezaî şartın miktarı ile zarar arasında ve cezaî şartın miktarı ile işçinin kazancı arasında uygun ilişki olup olmadığı incelenmektedir³⁶². Geçerlilik sınırı her daim tartışma yaratsa da son yıllarda yargı kararlarında ortaya çıkan kabul, “*cezaî şartın bir aylık brüt ücret*” miktarında

³⁶⁰ BAG, Urteil vom 14.08.2007, NJW 2008, s.458. Ayrıca bkz. MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.2a; Henssler, Willemsen, Kalb, BGB Anh. §305-310, Rn.56; MüArbR/Reichold, §39, Rn.54; Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §309, Rn.56; Reichenbach, s.313.

³⁶¹ MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §75c, Rn.2a. Yüksek Mahkeme'nin kararlarını isabetli bulan Kotzian-Marggraf, HGB m.75c/1'de yer alan hâkimin indirim yetkisine dair BGB m.343'ün saklı olduğuna dair atfın dahi oldukça sınırlı bir uygulama alanı olduğuna dikkat çekmektedir. Bu hüküm, tip iş sözleşmeleri için uygulanamayacağından, sadece taraflar arasında müzakere edilerek imzalanan rekabet yasağı sözleşmeleri için uygulama bulabilecektir. Bu görüş için bkz. Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §75c, Rn.6.

Yargı kararları ile doktrinde bu kararları isabetli bulan görüşe karşılık Bauer, Diller, BGB m.307'deki geçersizlik yaptırımı yerine, BGB m.343'deki hâkimin indirim yetkisinin rekabet yasağı sözleşmesindeki aşırı cezaî şarta uygulanmasının daha isabetli olacağını savunmaktadırlar. Yazarlar, BGB m.307'deki içerik denetiminde, BGB m.343'den farklı olarak uyumsuzluk anındaki somut olayın şartlarının değil, sözleşmenin imzalanması anındaki tipik durumların dikkate alınarak aşırılığın belirlendiğine dikkat çekmektedirler. Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmesinde, yıllar önce kararlaştırılan cezaî şart bakımından, gelecekte işçinin faaliyetinin verebileceği zarar ile ortaya çıkabilecek şartlar önceden öngörüledebilecektir. Bu nedenle cezaî şartın zarara göre oldukça düşük ya da aşırı kararlaştırılmış olması kaçınılmazdır. Dolayısıyla yazarlara göre, bu tehlikeyi aşmanın en iyi yolu tip sözleşmede yer alan cezaî şartın aşırı olması halinde, BGB m.343'ün uygulanmasıdır. Ancak yazarlar, BGB m.307'deki içerik denetiminin, açıkça görülen aşırılık hali ile sınırlı kullanım alanına sahip olması gerektiğine de dikkat çekmektedirler. Ayrıca yazarlar, başka bir gerekçe olarak HGB m.75c'de de kanun koyucunun açıkça BGB m.343'e atfı yaptığını dikkat çekmektedirler. Bu görüş için bkz. Bauer, Diller, Rn.638b-638c; Diller, **NZA**, 2005, s.253-254. Bu atfa dayanılarak tip rekabet yasağı sözleşmesinde düzenlenen cezaî şart, BGB m.343'in uygulama alanına girebilecektir. Hatta cezaî şart, genel işlem koşulu yürürlük ve yorum denetimlerinden başarı ile geçse ve BGB m.307'ye göre miktarı, karşı taraf aleyhine hakkaniyete aykırı oranda aşırı bulunmasa bile BGB m.343 uyarınca indirime tâbi olabilecektir. Bu yönde bkz. Bauer, Diller, Rn.639; Diller, **NZA**, 2005, s.253-254. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Koch, s.31, dn.48.

Bu görüşe karşılık, HGB m.75c'de, BGB m.343'e yapılan atfın, tip sözleşmeleri kapsadığına dair bir ifadeye sahip olmadığı savunulmaktadır. Bkz. Henssler, **RdA**, 2002, s.138.

³⁶² Bu konuda bir Alman Federal İş Mahkemesi kararı için bkz. BAG, Urteil vom 18.08.2005, AP, BGB §336, Nr.1.

kararlaştırılması yönündedir³⁶³. Bu kararları, somut olayın özellikleri dikkate alınmaksızın her duruma uygulanması yönünden isabetli bulmayarak eleştirenler de vardır³⁶⁴.

Rekabet yasağı halinde kararlaştırılan cezaî şartın miktarı konusunda ortaya çıkabilecek bir başka sorun ise “*cezaî şartın yığılması*” halidir. Bu kavram ile anlatılmak istenen cezaî şart miktarının, rekabet yasağının bir defa ihlal edilmesi halinde aşırı bulunmayacak olmasına rağmen, birden çok bağımsız ihlalin biriktirilerek işçiden cezaî şartın toplu miktar olarak istenmesi halinde ortaya aşırı bir miktarın çıkabilecek olmasıdır. Bu durumda genel hükümlerde düzenlenen karşı taraf aleyhine dürüstlük kuralına aykırılığın ve/veya aşırı miktardaki cezaî şartta indirim yapılmasına yönelik hükmün devreye girmesi savunulmaktadır³⁶⁵. Kimi zaman işveren de ihlal zincirini geç fark edebileceğinden, uygulamada sorun yaşanmaması adına, “*birçok ihlal bulunması halinde talep edilebilecek tüm cezaî şartların toplam miktarı beş brüt ücret kadar olabilir*” örneğinde olduğı gibi, cezaî şart anlaşmasında üst sınır getirilmesi tavsiye edilmektedir³⁶⁶. Kanaatimizce cezaî şartın miktarı bakımından kanunda yer almayan bir sınırlama getirilmesi isabetli değildir. Burada uygulanabilecek hüküm, TBK m.182/3’de yer alan hâkimin aşırı miktardaki cezaî şartı indirim yetkisini kullanmasıdır.

Cezaî şart miktarının tespiti, genel işlem koşulu içerik denetimi kapsamında sayılan şeffaflık denetimine de uygun olmalıdır. Böylelikle işçi, rekabet yasağını ihlal etmesi halinde karşılaşılabileceğı hukuki sonuçlardan önceden haberdar olabilecektir³⁶⁷. Örneğin LAG Köln, “*ortalama iki brüt aylık ücret*” şeklindeki ifadede, “*ortalama*” kelimesini işçi bakımından yeterli açıklıkta bulmamıştır³⁶⁸.

³⁶³ BAG, T.27.04.2000, 8 AZR 301-99, NZA 2001, s.274; BAG, T.04.03.2004, 8 AZR 196/03, NZA, 2004, Heft 13, s.727-734.

³⁶⁴ Bauer, Diller, Rn.638d.

³⁶⁵ Bauer, Diller, Rn.638e.

³⁶⁶ Bu tavsiye için bkz. Bauer, Diller, Rn.638e.

³⁶⁷ Bauer, Diller, Rn.638f.

³⁶⁸ LAG Köln, Urteil vom 13.07.2006, 6 Sa 367/06. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baumbach, Hopt, Roth, HGB §75c, Rn.3.

II. EĞİTİM GİDERİ KARŞILIĞI GERİ ÖDEME KLOZU

A. Eğitim, Mesleki Eğitim Ve Geri Ödeme Klozu Kavramları

1. Eğitim Ve Mesleki Eğitim Kavramları

Eğitim, toplumdaki tüm bireyler için ortak olan, zihinsel ve bedensel yeteneklerin tümünü kapsayan yetiştirme faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Aslında eğitim, ekonomik ve toplumsal kalkınma için gerekli olan nitelikli insan gücünün yetiştirilmesi için zorunlu bir süreçtir³⁶⁹. Eğitim, önceden belirlenmiş amaçlara göre planlanan faaliyetler yoluyla, insanların davranışlarında gelişim sağlanmasını hedeflemektedir³⁷⁰. Bununla birlikte eğitimin bireyi, meslek sayılsın veya sayılmasın mutlaka herhangi bir işe hazırlamasının gerekmediği kabul edilmektedir³⁷¹. Fakat eğitimin, çalışma hayatı ile ekonomiye doğrudan ve dolaylı katkıları da yadsınamaz. Nitekim insan kaynaklarının geliştirilmesi ve insan gücünün üretime olan katılımının artırılması, *eğitimin ekonomiye doğrudan katkısına* örnek oluşturmaktadır. Bireyler üzerinde çeşitli etkilerde bulunarak, yenilikleri benimsemelerini ve yeni üretim yöntemlerinden yararlanmalarını sağlamanın ise *eğitimin ekonomiye dolaylı olarak katkısı* olduğu kabul edilmektedir³⁷². Ülkemizde de eğitim, çalışma hayatında ihtiyaç duyulan nitelikte ve nicelikte insan gücünün yetiştirilmesi suretiyle, ekonomik kalkınmaya ve gelişmeye katkıda bulunmak amacıyla gerçekleştirilmektedir³⁷³.

Genel anlamdaki eğitim ile birbirlerine tamamlayıcı olarak görülen mesleki eğitim, bireysel iş hayatındaki belirli bir mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve mesleki

³⁶⁹ Hıfzı Doğan, Fevzi Ercan, “Genel Eğitim-Mesleki Eğitim İlişkisi”, **Türkiye’de Meslek Eğitimi ve Sorunları, Türk Eğitim Derneği VI. Eğitim Toplantısı**, Ankara, Şafak Matbaası, 1983, s.165; Cavit Sıdal, “Mesleki Eğitim ve İstihdam”, **Türkiye’de Meslek Eğitimi ve Sorunları, Türk Eğitim Derneği VI. Eğitim Toplantısı**, Ankara, Şafak Matbaası, 1983, s.231; Yücel Uyanık, “Türkiye’de Eğitim-İş Piyasası İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme”, **İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası (Kamu-İş), C.6, S1, 2000, s.1.

³⁷⁰ Ergül, s.53-54.

³⁷¹ Fevzi Ercan, “Türkiye’de Meslek Eğitimi ve Sorunları ‘Genel Eğitim – Mesleki Eğitim İlişkisi’ ”, **Türkiye’de Meslek Eğitimi ve Sorunları, Türk Eğitim Derneği VI. Eğitim Toplantısı**, Ankara, Şafak Matbaası, 1983, s.197.

³⁷² Deniz Gülbeden, **Eğitimin Etkenliği ve Türkiye’de Öğretim İle Ekonomik Gelişme Ölçüleri Arasındaki İlişkiler**, Ankara, Milli Prodüktivite Merkezi (MPM) Yayınları, No.450, 1991, s.12; Uyanık, s.1.

³⁷³ Uyanık, s.1; Ercan, s.197.

alışkanlıkları kazandıran; bireyin zihinsel, duygusal, sosyal, ekonomik ve kişisel yönleriyle dengeli biçimde geliştirilmesini hedefleyen süreç olarak tanımlanmaktadır³⁷⁴. Kuşkusuz mesleki eğitim için farklı tanımlar yapılması mümkündür; fakat böyle bir çaba çalışmamızın amacını ve kapsamını aşacaktır. Bununla birlikte mesleki eğitimin, bireylerin belirli bir mesleğe hazırlanması, mevcut mesleklerinde gelişmesi ya da yeni mesleklere uyum sağlayabilmesi için belirli bir program çerçevesinde yürütülen bir süreç olduğu ifade edilmelidir³⁷⁵. Ayrıca belirtilmelidir ki çalışmamız çerçevesinde geri ödeme klotuna konu olan eğitim, mesleki eğitimidir.

Teknoloji nedeniyle üretim sistemlerinde yaşanan değişimler, çalışma hayatında kolaylıklar sağlasa bile birçok alanda ortaya çıkan sorunlar yadsınamaz. Teknolojinin etkilediği en önemli alanlardan biri olan mesleki eğitimin ise amaç, kapsam ve metodu, bu sosyal ve ekonomik değişimden zorunlu olarak etkilenmektedir³⁷⁶. Zira işyerlerinde sürekli olarak istihdam edilen işçilerin sahip olması gereken nitelikler, çalışma hayatının sürekli değişen ve karmaşıklaşan sürecine uyum sağlamalıdır³⁷⁷. Nitekim teknolojinin gelişim hızının sonuçları dikkate alındığında, özellikle iyi eğitim gerektiren meslekler için gerekli olan bilgi ve becerinin yapısı hızla değişmektedir. Dolayısıyla nitelikli çalışan gerektiren yeni iş alanları doğmaktadır³⁷⁸. Bununla birlikte teknolojide yaşanan gelişim ve değişim, kimi mesleklerin ortadan kalkmasına yol açmaktadır. Ortadan kalkan mesleklerde istihdam edilenlerin, yeni meslekler için eğitilmesi gerekliliği, mesleki eğitim için yeni alanlar

³⁷⁴ İlhan Sezgin, “Meslek Eğitiminin Kapsam ve Gelişimi”, **Türkiye’de Meslek Eğitimi ve Sorunları**, Türk Eğitim Derneği VI. Eğitim Toplantısı, Ankara, Şafak Matbaası, 1983, s.21; Ercan, s.197; Sıdal, s.231-232; Ali Şahinkesen, “Eğitimde İkili Sistem (Okul-İşyeri İşbirliğine Dayalı Sistem)”, **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**, C.25, 1992, s.691; Canan Uçar, Mehmet Arif Özerbaş, “Mesleki Ve Teknik Eğitimin Dünyadaki Ve Türkiye’deki Konumu”, **Eğitim ve Öğretim Araştırmaları Dergisi**, C.2, S.2, Mayıs 2013, s.242. Ayrıca mesleki eğitimin Cumhuriyet öncesi ve Cumhuriyet dönemi bakımından tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, Ercan, s.166 vd.; Sıdal, s.233 vd..

³⁷⁵ Ekmekçi, s.25.

³⁷⁶ Sezgin, s.27; Erdem Özdemir, “İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2008, s.13; Tuncay Güloğlu, Melih Sertkan, “Yeni Teknolojilerin Çalışma İlişkilerine Etkileri”, **Kamu-İş**, C.7, S.2, 2003, s.2.

³⁷⁷ Sezgin, s.27; Özdemir, **İnternet**, s.13; Uyanık, s.5; Eyüp Bedir, “Yirmibirinci Yüzyılda İstihdamın Artan Önemi ve Eğitim-İstihdam İlişkisi”, **Kamu-İş**, C.7, S.1, 2002, s.8; Güloğlu, Sertkan, s.1-2.

³⁷⁸ Sıdal, s.245-246; Uyanık, s.2; Bedir, s.8.

doğmasına sebep olmaktadır. Böylelikle bir işyerinde hali hazırda çalışmakta olan işçilerin, yeni teknoloji ve üretim sürecine uyum sağlamaları için, mesleki eğitime tâbi tutulmaları ihtiyacı doğmaktadır³⁷⁹.

Mesleki eğitimin amacı, çalışma hayatının ihtiyaç duyduğu nitelikli, yetenekli ve bilgili insan gücünü yetiştirmek, sürekli değişim gösteren teknoloji ve üretim sürecine uyum sağlayabilmesi için gerekli davranışları kazandırmaktır. Bunun yanı sıra işçinin meslek içinde gelişmesini sağlamak ve tüm bunların sonucu olarak toplumsal gelişme ve bütünleşmeye hizmet etmek de mesleki eğitimin amacı içinde sayılmaktadır³⁸⁰. Nitelikli işçi sayısındaki yetersizlik nedeniyle, aranan nitelik ve kalitede işçi istihdam etme sürecine girmek istemeyen işverenler, genellikle işyerinde hali hazırda iş gören işçilerinin, yenilikler ve gelişimler hakkında bilgi sahibi olmalarını sağlamaya çalışmaktadır. Bunun için işverenler, işçilerinin mesleki eğitimlerini finanse etme yoluna başvurmaktadır³⁸¹. Hizmet içi mesleki eğitim olarak adlandırılan bu eğitim, işyeri içinde veya işyeri dışında düzenlenen programlar çerçevesinde verilebilmektedir³⁸².

2. Geri Ödeme Klozu Kavramı

İş Hukuku'nda, liberalizmin etkisi ile hüküm süren fesih serbestisi ilkesi, zaman içinde yerini bu serbestinin kanuni olarak sınırlandırılması düşüncesine bırakmıştır. Zira sosyal politikanın bir gereği olarak, işçinin çalışma yerinin korunması ihtiyacı ağır basmaya başlamıştır³⁸³. Bu düşüncenin ürünü olarak ortaya çıkan feshe karşı koruma hükümleri dolayısıyla, işverenin fesih özgürlüğü birtakım sınırlandırmalara maruz kalmıştır. Ne var ki sözleşmenin karşı tarafında yer alan işçinin, işyerine bağlılığının sağlanması da sadece sözleşme imzalanması ile mümkün değildir. Bu nedenle işveren, fiili bağlılığı sağlamaya yönelik arayışlara girişmiştir. Bu

³⁷⁹ Sıdal, s.246-247; Özevren, s.95; Güloğlu, Sertkan, s.10.

³⁸⁰ Sezgin, s.39; Ercan, s.204.

³⁸¹ Özevren, s.95-97.

³⁸² Ergül, s.61-62.

³⁸³ Wolfgang Blomeyer, Herbert Buchner, **Rückzahlungsklauseln im Arbeitsrecht: Insbesondere bei Vereinbarungen über Gratifikationen, Sonderzuwendungen, Aus-und Fortbildungskosten, Umzugskosten, Urlaubsgelder, Urlaubsentgelte und Darlehen**, Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1969, s.1.

arayışlar, taraflarca belirlenen zamandan önce sözleşmenin sona ermesi halinde, işçinin bazı ekonomik menfaatlerini yitirmesine yönelik düzenlemeler öngörülmesiyle sonuçlanmıştır. İşte geri ödeme yükümlülüğü de işçinin belirlenen süreden önce fesih yoluna başvurmaması amacıyla ortaya çıkmış bir kurumdur³⁸⁴.

Son yıllarda teknolojide ve dolayısıyla üretim sürecinde yaşanan gelişmelere uyum sağlayabilmek adına, çalışma hayatında mesleki eğitim konusu ön plana çıkmaya başlamıştır. Zira işverenlerin, üretim ve yönetim sürecinde yaşanan yeni teknolojik gelişmeleri takip ederek işyerine yansıtabilmesi ve bu suretle rekabet gücünü artırabilmesi, nitelikli ve eğitimli iş gücü ihtiyacı doğurmaktadır. Çalışma piyasasında ortaya çıkan rekabete uyum sağlanması adına ihtiyaç duyulan gereklilikler, işverenleri rasyonel adımlar atmaya itmiştir³⁸⁵. Kuşkusuz bir işletmenin rekabet gücü, çoğunlukla istihdam ettiği işçilerin bilgi, yetenek ve tecrübesi ile Know-How'a bağlıdır. Dolayısıyla işverenler, ekonomik yapılanmada söz sahibi olabilmek için, nitelikli işçi yatırımı yapmaya mecbur kalmışlar ve hali hazırdaki işçileri için daha fazla masraf yapmaya yönelmişlerdir. Böylelikle rekabet gücü ve dolayısıyla işletmenin kazancını artırmayı amaçlamaktadırlar³⁸⁶.

İşverenler tarafından, istihdam edilen işçilerin mesleki eğitim ve gelişimleri için yapılan masrafların efektif olarak karşılığının alınması amacıyla, o işyerindeki hizmetlerinin güvence altına alınması ihtiyacı doğmuştur. Bu da yeni hukuksal sorunların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Esasen global pazar bağlamında düşünüldüğünde, işçilerin mesleki eğitim ve gelişiminin sağlanmasına yönelik atılan her adım, işletmelerin gelecekte piyasada varlık sürdürebilmeleri için yaptıkları birer yatırımdır³⁸⁷. Buna bağlı olarak da yurtiçinde veya yurtdışında eğitimleri için masraf yapılan işçilerin, işyerinde belirli süre çalışarak işverenleri için gelir sağlamaları beklentisi doğmuştur. Nitekim işçilere yapılan bu yatırımın masraflarının, tümüyle

³⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Blomeyer, Buchner, s.1-2; Soyer, **Cezai Şart**, s.369-370; Mustafa Alp, “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart ve İş Akdinin Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2010, s.28.

³⁸⁵ Lakies, s.1903; Erdem Özdemir, “Eğitim Giderlerinin İşçiden Geri İstenebilmesi Konusundaki Temel Esaslara İlişkin Bir Karar İncelemesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2009, s.151-152.

³⁸⁶ Lakies, s.1903; Florian Dorth, “Gestaltungsgrenzen bei Aus- und Fortbildungskosten betreffenden Rückzahlungsklauseln”, **RdA**, 2013, Heft 5, s.287.

³⁸⁷ Lakies, s.1903; Dorth, s.287; Soyer, **Cezai Şart**, s.370.

işverenlere yüklenmesi isabetli olmayacaktır. Dolayısıyla eğitimi için masraf yapılan işçilerin, sahip oldukları yeni niteliklerin avantajından yararlanmak suretiyle, işyerinden kısa süre içinde ayrılmaları ve rakip işletmelere geçmelerini önlemek için yeni çözümler üretilmesi gerekmiştir³⁸⁸. Kısacası burada izlenen amaç, işçinin aldığı eğitimin karşılığında belirli bir süre işveren için çalışması sağlanarak, yapılan masrafların amorti edilmesidir³⁸⁹. İşte bu amaçla ortaya çıkan geri ödeme kloxunun konusu, işçinin mesleki eğitimi ve gelişimi için yapılacak masrafları işverenin ihtiyari olarak üstlenmesi ve karşılığında işçinin belirli bir süre işyerinde çalışmasının sağlanmasıdır. Geri ödeme klozu uyarınca, işçi süresinden önce iş ilişkisini sonlandırırorsa kendi eğitimi ve gelişimi için yapılan masrafları işverene geri ödemekle yükümlü tutulmaktadır³⁹⁰.

Geri ödeme klozu, sözleşme ile kararlaştırılmaktadır. Genellikle işçinin, eğitimin sona ermesinden sonra iş görmeye başlamaması veya süresinden önce iş ilişkisinin sonlandırılması ihtimallerine yönelik düzenlenmektedir³⁹¹. Bununla birlikte işçinin çalışma yerini serbestçe seçme özgürlüğü ile işverenin, işçinin işyerinde belirli süre çalışmasını garanti altına almak istemesi birbiriyle çatışan menfaatler olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla geri ödeme kloxunun geçerliliği, menfaat dengesinin sağlanmasıyla mümkündür³⁹². Zira işverenin menfaati korunurken, işçinin fesih hakkı sınırlandırılmakta ve bu sınırlamaya “*cezaî şart*” veya “*geri ödeme klozu*” bağlanmaktadır. İşte taraf menfaatleri ile fesih hakkının, geri ödeme yükümlülüğü ve/veya cezaî şart ile sınırlandırılması konuları, kloxun geçerliliği bakımından yaşanan sorunların odak noktasında durmaktadır³⁹³.

³⁸⁸ Bu konuda bkz. Lakies, s.1903; Hans-Georg Meier, Rolf Schulz, “Die Rückzahlung von Ausbildungskosten bei vorzeitiger oder erfolgloser Beendigung der Ausbildung”, **NZA**, 1996, Heft 14, s.742; Dorth, s.287; Süzek, s.753; Başak Ozan, “İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şart”, **Legal İSGHD**, 2010/25, s.142.

³⁸⁹ Bu konuda bkz. Meier, Schulz, s.742; Dorth, s.287; Süzek, s.753; Soyer, **Cezai Şart**, s.369.

³⁹⁰ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.437; HWK/ Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.44; Schaub/ Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.18; Meier, Schulz, s.742-743; Soyer, **Cezai Şart**, s.369-370; Alp, s.28.

³⁹¹ Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.18.

³⁹² Soyer, **Cezai Şart**, s.370-371.

³⁹³ Soyer, **Cezai Şart**, s.371; Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.151; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.257. Yargıtay, işçinin, işveren tarafından giderleri karşılanan eğitim dolayısıyla işverene

Alman Hukuku'nda 1930 tarihinde geri ödeme klotuna ilişkin verilen ilk yargı kararında, bu klot ahlaka aykırı bir kısıtlama olarak görölmüş ve geçersiz kabul edilmiştir³⁹⁴. BAG, 26.09.1954 tarihli kararında ise bu kez geri ödeme klotunda yer alan geri ödeme yükümlölüğünün, kanuni olarak düzenlenmediğine dikkat çekmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, açıkça geri ödeme yükümlölüğü düzenlenmesinin mümkün olup olmadığı konusuna kararında değinmemiştir³⁹⁵. Bununla beraber söz konusu karar işverenin, işçiye karşı geri ödeme yükümlölüğü kararlaştırmasının önünde bir engel olmadığı yönünde yorumlanmıştır. Bunun üzerine BAG, 1960 yılından itibaren geri ödeme yükümlölüğünün geçerliliği konusunu da ele almış ve geçerlilik şartlarını belirlemiştir³⁹⁶. BAG, geri ödeme klotunun geçerliliği hakkında verdiği ilk kararlarında klotun, sözleşmesel bir fesih hakkı sınırlaması oluşturduğunu; dolayısıyla Anayasa'nın (GG) 12. maddesinde yer alan işçinin işyerini serbestçe seçme hakkının dikkate alınması gerektiğini belirtmekteydi. Yüksek Mahkeme, devam eden yıllarda geri ödeme klotunun, dürüstlük kuralına göre işçiden uyması beklenebilecek bir yükümlölük bulunması ve işverenin de böyle bir klot için haklı menfaati olması koşullarına bağlı olduğu yönünde karara varmaktadır³⁹⁷.

Günümüzde yargı kararları ile doktrinde hâkim görüş, iş sözleşmesi taraflarının sözleşme serbestisi çerçevesinde, geri ödeme klotu kararlaştırabilecekleri yönündedir³⁹⁸. Bu klot aslında işçinin, Anayasal çalışma özgürlüğünün kısıtlanması anlamına geldiğinden, kuşkusuz kanun ve toplu iş sözleşmesinde yer alan emredici düzenlemeler ile sözleşme serbestisine getirilen sınırlamalar dikkate alınmalıdır³⁹⁹.

belirli bir süre ile iş görmekle yükümlendirilmesini, işverene olan sadakat borcu kapsamında değerlendirmektedir. Bu yönde bir karar için bkz. Y.22.HD., T.30.01.2014 E. 2013/37154, K.2014/1142, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 28.01.2019.

³⁹⁴1930 tarihli RAG kararı için bkz. ARS, 8, s.163 ve kararın incelemesi için ayrıca bkz. Blomeyer, Buchner, s.2

³⁹⁵ BAG, Urteil vom 29.06.1954- 2 AZR 13/53, JurionRS 1954, s.10076.

³⁹⁶ BAG, Urteil vom 31.05.1960- 5 AZR 505/58, (Çevrimiçi) www.jurion.de, 28.03.2017.

³⁹⁷ BAG, Urteil vom 11.04.1990 - 5 AZR 308/89, NZA 1991, s.178.

³⁹⁸ HWK/Henssler, §1 TVG, Rn.136; Lakies, s.1903; Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.152; Alp, s.28. Bu yönde yargı kararı için bkz. BAG, Urteil vom 16.03.1994, NZA 1994, s.937; Y.9.HD., T.17/03/2011, E.2009/7498, K.2011/7393, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 28.01.2019; Y.9.HD., T.23.06.2005, E.2004/31385, K.2005/22687, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 28.01.2019.

³⁹⁹ HWK/Henssler, §1 TVG, Rn.136; Lakies, s.1903. BAG, son yıllarda verdiği kararlarda, işçinin eğitimi ve mesleğini geliştirmesi amacıyla işveren gider yapmışsa, sözleşmenin süresinden önce fesih halinde bu giderlerin geri ödenmesine yönelik yapılan sözleşmeleri, çeşitli denetimlerden geçmeleri

Dolayısıyla işçinin korunması düşüncesinin de etkisi ile eğitim gideri karşılığı geri ödeme kloxunun geçerliliği, belirli şartların bulunmasına bağlıdır. Bunun yanı sıra, mahkeme tarafından içerik ve hakkaniyet denetimine de tâbi tutulmaktadır⁴⁰⁰. Özellikle genel işlem koşulu hükümleri, söz konusu klozun yer aldığı tip iş sözleşmeler için içerik denetimi kapsamında uygulama alanı bulmalıdır⁴⁰¹. İşveren, işçiye eğitim başlamadan önce böyle bir sözleşmenin tüm sonuçları hakkında açıkça ve anlaşılır şekilde bilgi vermelidir⁴⁰².

Anayasal sınırlar ve genel hükümler dışında, geri ödeme kloxuna ilişkin doğrudan bir kanuni düzenleme öngörülmemiştir. Dolayısıyla konu, sözleşmelere ilişkin kurallarla sınırlı kalmaktadır⁴⁰³. Kanun koyucu, uzun yıllar geri ödeme yükümlülüğü belirlenmesi hakkında suskun kaldığından, bu konuda geniş bir yargı içtihadı oluşmuştur. Yine de birçok çözümlenememiş sorun varlığını sürdürmektedir⁴⁰⁴.

Eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozu hakkında belirtilmesi gereken son husus ise işçinin, geri ödemekle yükümlü olduğu eğitim giderinin işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart belirlenmesi yasağına aykırı olmadığıdır. Nitekim Yargıtay kararlarında da 1998 yılından itibaren, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılması yasağı konusunda ikili bir ayrıma gidilerek değerlendirme yapılmaktadır⁴⁰⁵. Bu kararlara göre, tek taraflı cezaî şart kararlaştırılması geçersizdir.

halinde kural olarak geçerli kabul etmektedir. Bu yönde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 19.01.2011, 3 AZR, 621/08, NZA, 2012, s.85.

⁴⁰⁰ HWK/Henssler, §1 TVG, Rn.136; Lakies, s.1903; Schaub/Vogelsang, **ArbR-Hdb.**, §176, Rn.20; Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.152; Alp, s.28.

⁴⁰¹ Schaub/Vogelsang, **ArbR-Hdb.**, §176, Rn.20; Michael Worzalla, “Die Wirksamkeit einzelner Arbeitsvertragsklauseln nach der Schuldrechtsreform: Entgelt, Arbeitszeit und Tätigkeit, Betriebsvereinbarungs- und Tarifvertragsoffenheit, Änderung des Arbeitsvertrags”, **NZA**, 2006, Beilage 3, s.127.

⁴⁰² ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.436; Worzalla, s.127. Ayrıca bu yönde bir yargı kararı için bkz. BAG, Urteil vom 18.03.2008, 9 AZR, 186/07, NZA, 2008, s.1004.

⁴⁰³ Dorth, s.287.

⁴⁰⁴ Alman Hukuku’nda geçmiş yıllarda verilen kararlarda daima kanunda açık bir düzenleme olmamasına dikkat çekilmiş ve hukuk güvenliğinin sağlanması gerektiği vurgulanmıştır. Bu yönde bir BAG kararı için bkz. BAG, Urteil vom 29.06.1954 - 2 AZR 13/53, JurionRS 1954, s.10076. Doktrinde bu konuda bkz. Blomeyer, Buchner, s.2-3.

⁴⁰⁵ Yargıtay’ın iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şartı tek taraflı olduğu için geçersiz saydığı; bununla birlikte eğitim gideri karşılığı öngörülen cezaî şartı da işveren yararına görüp kabul etmediği geçmiş yıllardaki bir kararı için bkz. Y. 9.HD, T.17.02.1998, E.1997/20944, K.1998/1872. Yargıtay’ın içtihat değişikliğine gittiği 2000 tarihli bir kararı için bkz. Y. 9.HD, T.29.3.2000, E.2000/507,

Fakat işçiye verilen eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozu kararlaştırılması kural olarak geçerli sayılmaktadır. Zira burada işçinin çalışması kararlaştırılan süreden önce sözleşmeyi feshetmesi halinde ödemesi gereken bedel, işverence sağlanan eğitimin karşılığıdır ve bu nedenle işçinin fesih hakkı sınırlanmaktadır⁴⁰⁶. Dolayısıyla diğer geçerlilik şartlarının sağlanması halinde bu klot, TBK m.420’de yer alan işçi aleyhine cezaî şart kararlaştırılması yasağına aykırılık oluşturmamaktadır⁴⁰⁷.

B. Eğitim Gideri Karşılığı Geri Ödeme Klotunun Konusu

1. Eğitim Gideri Karşılığı Geri Ödeme Klotunun Konusu Olabilecek Giderler

Geri ödeme yükümlülüğü, Alman Hukuku’nda ilk olarak noel ikramiyeleri çerçevesinde dava konusu olmuştur. Fakat bu yükümlülüğün kapsamına, sadece noel ikramiyeleri değil, işverenin işçi menfaatine yaptığı ek giderlerin hemen hemen her türü sokulmaktadır⁴⁰⁸. İşte bu kapsamda sayılan geri ödeme yükümlülüğü kararlaştırılabilecek hallerden biri ise işverenin, işçinin mesleki eğitimi ve gelişimi için

K.2000/4100 ve bu kararın incelemesi için bkz. Soyer, “**Karar İncelemesi**”, Çimento İşveren, Eylül 2000, s.31 vd..

⁴⁰⁶ Bu yönde verilmiş bazı Yargıtay kararları için bkz.Y.9.HD., T.30.03.2017, E.2017/19244, K.2017/5337, Çalışma ve Toplum, 2018/1, s.335-340; Y.9.HD., T.17.02.2014, E.2013/19815, K.2014/4012, Çalışma ve Toplum, 2015/1, s.402-406; Y.9.HD.,T.05.03.2013, E.2010/46829, K.2013/7668, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 20.06.2017; Y.9.HD., T.16.04.2001, E.1800/6392, Yasa Hukuk Dergisi, C.20, S.239/10, Ekim 2001, s.1302. Bu doğrultudaki kararları isabetli bulan yazarlar için bkz. Soyer, **Cezai Şart**, s.368; Süzek, s.753; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.438-439; Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.65-66; aynı yazar, **Türk Borçlar Kanunu**, s.167; Alpagut, **Değerlendirme 2001**, s.115 vd.; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.40.

Yargıtay’ın süregelen içtihatının aksine bir kararına karşı, “...Yasanın tarifinden anlaşılacağı şekilde, cezaî şartın ayırıcı unsurlarının başında asıl borcun mevcut olması gelmektedir. Belge incelendiğinde tek ve asıl bir borç yer almaktadır. Bu asıl borcun yanında ayrı bir yaptırım belgede yer almamaktadır. Ortada tek bir borçlanma durumu mevcut olup, taraflar yaptıkları anlaşma ile işçinin özel eğitime tabi tutulması karşılığı olarak bir taahhütname düzenlemişlerdir. Belge cezaî şart olarak kabul edilse bile Dairemizce de kabul edildiği şekilde; özel haller söz konusu olduğu zaman cezaî şartın tek taraflı olmasının sonuca etkisi olamaz. İşveren masraflar yaparak işçiyi eğitime tabi tutarak onu yetiştirmiş ise belli bir süre işçiyi işverinde çalıştırmaya mecbur tutması haklı görülmelidir. Bu nedenlerle Daire bozmasına katılmıyorum...” ifadelerine sahip karşı oy yazısı için bkz. Y.9. HD., T. 27.10.2003, E.2003/5918, K.2003/18146, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.05.2017.

⁴⁰⁷ Y.22HD., T.01.12.2015, E.2014/20611, E.2015/33213, Şahin Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları)**, 7. bs., Ankara Yetkin Yayınları, 2016, s.1372. Soyer, **Cezai Şart**, s.368; Süzek, s.753; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.438; Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.65; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.40.

⁴⁰⁸ Blomeyer, Buchner, s.3; Böttcher, s.20.

doğrudan veya dolaylı olarak yaptığı giderlerdir. Nitekim işveren, işçinin mesleki eğitimi ve gelişimi için fiilen yaptığı giderler ile işçinin çalışma hayatındaki şansını açıkça artırmaktadır. Bu nedenle işçinin eğitimi ve gelişimi için yaptığı giderlerin sorumluluğunu, uygun düştüğü ölçüde işçiye yükleyebilecektir⁴⁰⁹. Bu durumda işçi, giderleri işveren tarafından ihtiyari olarak karşılanan mesleki eğitim sona erdikten sonra, bir süre işveren için çalışacağını; aksi takdirde işverenin yaptığı giderlerin tamamını veya bir kısmını geri ödeyeceğini taahhüt etmektedir⁴¹⁰. Böylelikle işveren, aslında işletmesinin geleceğini düşünerek üstlendiği eğitim giderlerinin karşılığını, geri ödeme klozu yoluyla garanti altına almaktadır⁴¹¹.

2. Eğitim Gideri Karşılığı Geri Ödeme Klokunun Konusu Olamayacak Giderler

İşveren tarafından karşılanan eğitim giderlerinin, işçiden talep edilemeyeceğine ilişkin açık kanun hükmü mevcut ise geri ödeme klozu geçerli olmayacaktır. Bu noktada Türk Hukuku'nda, mevzuatta yer alan iki istisnai düzenlemeden bahsetmek konumuz bakımından önemli görülmektedir.

3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nda çırak, kalfa ve ustaların eğitiminin yanı sıra, okullarda, yükseköğretim kurumlarında ve işletmelerde yapılacak mesleki eğitime ilişkin esaslar düzenlenmektedir. Bu kanunun 3.maddesine göre, çıraklık sözleşmesi esaslarına tâbi olarak, bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştiren kişiye çırak denilmektedir. 3308

⁴⁰⁹ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.436; HWK/Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.44.

⁴¹⁰ Blomeyer, Buchner, s.65; Lakies, s.1903; Meier, Schulz, s.743; Soyer, **Cezai Şart**, s.369-370; Alp, s.28; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.257.

⁴¹¹ Gert-Albert Lipke, **Gratifikationen, Tantiemen, Sonderzulagen (Juristische Taschenbücher) (German Edition)**, Darmstadt, Luchterhand, 1982, 65; Lakies, s.1903; Ozan, s.142. Buna karşılık işçinin mesleki eğitim ve gelişimi için yapılan giderler, işçinin bilgisinden yararlanmak suretiyle sadece işletmenin geleceğine yönelik personel politikası ile alakalı da olabilir. Bu durumda yapılan yatırımın giderlerine yönelik geri ödeme klozları kararlaştırılamayacağı kabul edilmektedir. Bu yönde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 18.11.2008, 3 AZR, 192/07, NZA, 2009, s.435. Ayrıca bkz. ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.436. İşçiye verilen eğitimin, sadece işyeri menfaatine bir yatırım olarak düşünülerek giderlerinin karşılanması halinde, işçiye ancak bu klotan kaçınma olanağının tanınması durumunda geri ödeme klokunun geçerli sayılabileceği yönünde bkz. HWK/Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.44.

sayılı Kanun'un 36.maddenin birinci fıkrasında, çırakların eğitim giderlerine ilişkin geri ödeme klozu kararlaştırılması bakımından istisnai bir düzenleme öngörülmüştür. Bu fıkra, *“aday çırak, çırak, kalfa ve işletmelerde mesleki eğitimde kamu ve özel kuruluşlarca yapılan teorik ve pratik eğitim giderleri kendi kurum ve kuruluşlarınca, işyerlerinde yapılan pratik eğitimin giderleri ise işyerlerince karşılanır.”* şeklindeki ifadeyle, fıkra sayılı kişilerin eğitim giderlerini işverenin ödemekle yükümlü olduğuna yer verilmiştir. Dolayısıyla bu kişilerin eğitimi için yapılan giderlere yönelik geri ödeme klozu kararlaştırılması mümkün değildir⁴¹².

Mevzuatta geri ödeme klozu kararlaştırılmasını açıkça sınırlandıran diğer bir eğitim türü ise iş sağlığı ve güvenliği eğitimidir. Zira iş sağlığı ve güvenliği eğitimi, kanuni bir zorunluluk olup, temel amacı iş sağlığı ve güvenliği bilinci oluşturarak iş kazası ve buna bağlı yaralanma ve ölümlerin azaltılmasını sağlamaktır⁴¹³.

6331 sayılı Kanun m.17 uyarınca işveren, işyerindeki tüm çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimi almalarını sağlamakla yükümlüdür⁴¹⁴. Öte yandan TBK m.417'de de *“İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlem almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür”* ifadesiyle iş sağlığı ve güvenliği önlemi almakla, açıkça işveren yükümlü tutulmuştur. Ayrıca iş sağlığı ve güvenliği konusunda, 6331 sayılı Kanun'un 30.maddesi gereği hazırlanan birçok yönetmelik de yürürlüktedir⁴¹⁵.

Mesleki eğitimden farklı olarak iş sağlığı ve güvenliği eğitimi, 6331 sayılı Kanun m.2 uyarınca, tüm işyerlerinde çırak ve stajyerler dâhil tüm çalışanlar için,

⁴¹² Alman Hukuku'nda ise konuya ilişkin bir düzenleme, Mesleki Eğitim Kanunu (BBiG) m.12'de yer almaktadır. BBiG m.12/1 uyarınca, çırak veya mesleki eğitim görenlerin, bu eğitim bittikten sonra mesleklerini icra etmelerini sınırlandıran klovlar kural olarak geçersiz kabul edilmektedir. Ayrıca BBiG m.12/2'de, mesleki eğitim giderleri ile cezaî şarta ilişkin sözleşme yapılması halinde, bu sözleşme açıkça geçersizlik yaptırımına tâbi tutulmuştur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.Dorth, s.289.

⁴¹³ Özdemir, **İş Sağlığı**, s.288.

⁴¹⁴ Ömer Ekmekçi, “İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitiminin Usul ve Esasları”, **Mess Merccek Dergisi**, S.41, 2006, s.102; İlknur Kılış, Seçil Demir, “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğü Üzerine Bir İnceleme”, **Çalışma İlişkileri Dergisi**, Cilt 3, Sayı 1, Ocak 2012, s.34; aynı yazar, **İş Sağlığı**, s.51; Özdemir, **İş Sağlığı**, s.289.

⁴¹⁵ Bu yönetmeliklerden biri ise “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” başlıklı iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine ilişkin yönetmeliktir. Bkz. RG.T.15.05.2013, RG.S.28648.

kanun ve yönetmelik hükümleri uyarınca yerine getirilmek zorundadır. Zira işyerinde çalışanlara iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verilmesi, sınırları ve kapsamı Anayasa, mevzuat hükümleri ile MK m.2’de yer alan dürüstlük ve iyiniyet kuralları ile belirlenen, işçinin kişiliğini koruma borcu çerçevesinde yer alan bir işveren yükümlülüğüdür⁴¹⁶. Fakat 6331 sayılı Kanun’un 8.maddesinde açıkça belirtildiği üzere, eğitimin maliyeti çalışanlara yansıtılamayacaktır. Ayrıca eğitimde geçen süre kanunen çalışma süresinden sayılmaktadır⁴¹⁷. Buradan çıkan sonuca göre, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik eğitimler için yapılan giderlerin doğrudan işçiden alınması veya dolaylı şekilde işçiye yansıtılması mümkün değildir⁴¹⁸. Söz konusu düzenleme dolayısıyla, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimi giderleri için geri ödeme klozu düzenlenmesi ve giderlerin işçiye yansıtılması mümkün değildir. Böyle bir kloz kararlaştırılması halinde ise geçersizlik yaptırımı uygulanacaktır. Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarda, iş sağlığı ve güvenliği eğitimi giderlerine yönelik kararlaştırılan geri ödeme klozlarının geçersiz olduğuna dikkat çekmektedir⁴¹⁹.

İşçi, sadece eğitimi ile ilgili olduğu tespit edilen giderlerden sorumlu tutulabilecektir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2013 tarihli bir kararında, reklam gideri, gece ekibi, beklenmeyen giderler, öğrenci maaşı, hizmetli gideri, elektrik, su gideri gibi toplam maliyetin belirlenmesine esas listede yer alan eğitime yönelik olup olmadığı belirlenemeyen giderlerin, isabetli olarak eğitim giderine dâhil edilemeyeceği sonucuna varmıştır⁴²⁰.

⁴¹⁶ Süzek, s.416; Centel, **Kişiliğin Korunması**, s.13.

⁴¹⁷ Ekmekçi, **Eğitim**, s.106; Özdemir, **İş Sağlığı**, s.296.

⁴¹⁸ Kılış, Demir, s.35.

⁴¹⁹ Y.22.HD., T.30.01.2014, E. 2013/37154, K.2014/1142, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 28.01.2019; Y.9.HD., T.06.10.2008, E.2007/27539, K.2008/25447, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 26.05.2017.

⁴²⁰ Y.9.HD.,T.05.03.2013, E.2010/46829, K.2013/7668 ve kararı isabetli bulan bir inceleme için bkz. Doğan Yenisey, **Değerlendirme 2013**, s.71-72. Aynı yönde başka bir kararda aynı hususa dikkat çekilmiş ve eksik inceleme nedeniyle bozma kararı verilmiştir: “...Somut olayda davacı işçi için harcanan eğitim giderleri bilirkişi tarafından tam olarak tespit edilmiş değildir. İşverence bankacılık okulunun toplam giderleri olduğu belirtilen maliyet çizelgesi sunulmuştur. Ancak sözü edilen belgede, öğrenci ve personel maaşları, reklam giderleri ve benzeri harcama kalemlerinin de yer aldığı görülmektedir....Mahkemece işverence sunulan belgedeki maliyet unsurları tek tek değerlendirilmeli, davacı adına yapılmış olan eğitim giderleri belirlenmelidir. Aynı veya başka bir bilirkişiden rapor alınmalı işverene karşı açılan davalarda benzer konularda kesinleşen kararlardaki hesap yöntemleri de değerlendirilmek suretiyle eğitim giderleri tespit olunmalıdır...”. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.01.02.2011, E.2010/16335, K.2011/1775, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 17.05.2018 ve bu kararı isabetli bulan inceleme için ayrıca bkz. Serkan Odaman, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem

C. Eğitim Gideri Karşılığı Geri Ödeme Klokunun Denetimi

1. Genel Olarak

Sözleşme serbestisi ilkesi gereği, serbestçe düzenlenebilen geri ödeme klozlarının, işçinin menfaati ve Anayasal koruma altındaki çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çatışması çoğu zaman muhtemeldir. Bu nedenle söz konusu klozlar, sözleşme serbestisine sınırlama getirilmesi çerçevesinde, hâkim tarafından içerik ve hakkaniyet denetimine tâbi tutulmaktadır. Zira sözleşme içeriğiyle, sözleşmenin taraflarından birinin diğerine karşı beklenmedik şekilde zayıf duruma sokulması ve sözleşme taraflarının menfaatlerinin eşitliğe aykırı şekilde düzenlenmesi halinde sözleşme serbestisi sınırlandırılmaktadır⁴²¹.

İşçinin, belirli bir tarihten önce iş sözleşmesini sona erdirmesi halinde, hâkimin işverence sağlanan eğitimin giderlerine yönelik geri ödeme klozunu denetlemesi bakımından birçok hukuki temel ileri sürülmektedir. Öncelikli olarak borç ilişkisi doğuran geri ödeme klozu, TBK m.27'deki ahlaka aykırılık denetimine tâbidir (*BGB m.138*). Ayrıca TMK m.2'deki dürüstlük kuralı da sınır oluşturmaktadır (*BGB m.242*)⁴²². Bunun yanı sıra Anayasa m.48'de yer alan, işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğü de korunmalıdır (*GG m.12*). İşçi dilediği işi seçme, dilediği işe devam etme ve kural olarak dilediği zaman sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğüne sahiptir⁴²³. Tüm

Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011**, Ankara, Kamu-İş, 2013, s.199-200.

Benzer yönde bir başka kararda Yargıtay, diğer giderlerin yanı sıra davalıya ödenen aylık ücretlerin de geri talep edilemeyeceğine dikkat çekmiştir: “...okulda konaklayan öğrenciler için yapılan giderler ile reklam giderleri, beklenmeyen giderler gibi eğitime yönelik olup olmadığı belirlenemeyen masraflar ve bu dönemde davalıya ödenen aylık ücretlerin eğitim giderlerine dahil edilmesinin hatalı olduğu belirtilerek bozulmuştur...”. Bu karar için bkz. Y.22.HD., T.11.06.2014, E.2013/14031, K.2014/16948, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 17.02.2019. Yine bir başka kararda konaklamanın işveren tarafından karşılanmaması halinde bu giderden işçinin sorumlu olmayacağı belirtilmiştir: “...davacı işçinin bankacılık okulunda konaklamadığının tespit edilmesi halinde işveren tarafından ibraz edilen okul maliyet tablosundaki konaklayan öğrencilere yönelik yapılan giderlerden sorumlu tutulmaması gerekir. Ayrıca taraflar arasında iş sözleşmesi kurulduğundan davacıya ödenen öğrenci maaşı eğitim gideri olarak talep edilemez...”. Bu karar için bkz.Y.9.HD., T.25.02.2010, E.2008/18992, K.2010/4977, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 17.02.2019.

⁴²¹ Dorth, s.288; Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.152; Alp, s.28.

⁴²² Meier, Schulz, s.743; Dorth, s.288.

⁴²³ Schaub/Vogelsang, **ArbR-Hdb.**, §176, Rn.21.

bunların yanı sıra geri ödeme klozu, genel işlem koşulu niteliğini haiz ise içerik denetimi hükümlerine de tâbidir.

2. Genel İşlem Koşulu İçerik Denetimi

Mesleki eğitim karşılığı geri ödeme klozunun genel işlem koşulu denetimine tâbi tutulması için, sözleşmede yer alan klozun bundan sonra imzalanacak birçok sözleşme için tek taraflı olarak önceden formüle edilmiş olması gerekmektedir. Sözleşmenin karşı tarafının -ki burada söz konusu olan işçidir- işveren tarafından önceden hazırlanan sözleşmeye müdahale olanağının olmaması ve sözleşme hükümlerinin karşılıklı olarak gerçek anlamda tartışılmamış olması halinde, işçinin bu hükümlere karşı korunması gerekmektedir⁴²⁴. Uygulamada söz konusu yükümlülük işveren tarafından genellikle tek taraflı olarak ve daha sonra birçok sözleşmede kullanılmak üzere önceden formüle edildiğinden, genel işlem koşulu niteliğini haizdir. Bu noktada sözleşme özgürlüğü ile işçinin korunması ilkeleri çatıştığından, Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşuluna yönelik denetim hükümleri önem kazanmaktadır (*TBK m.23-25*)⁴²⁵.

Alman Hukuku'nda, Medeni Kanun'a ilişkin Reform Kanun öncesinde, ahlaka aykırılık hükmüne dayanılarak yapılan denetim sonucu, geri ödeme klozları geçersiz sayılabilmekteydi. Eğer ahlaka aykırı olmayan bir geri ödeme klozu mevcutsa, Yüksek Mahkeme bu klozu geçerli kabul etmekteydi⁴²⁶. Ancak 2001 yılında Reform Kanun ile devreye bir de genel işlem koşulları denetimi girmiştir⁴²⁷. Nitekim iş sözleşmelerinin genel işlem koşulu denetiminden istisna tutulmasına ilişkin isabetsiz bulunan düzenleme de reform sonucu ortadan kaldırılmıştır. Böylelikle iş sözleşmesinde yer alan geri ödeme klozu da genel işlem koşulu denetiminin uygulama alanına girmiştir⁴²⁸. Bu kapsamda, geri ödemeye ilişkin hükümlerin genel işlem koşulu

⁴²⁴ Lakies, s.1904-1905.

⁴²⁵ Alman Hukuku bakımından ise BGB m.305 ve devamında yer alan genel işlem koşulu denetim hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. HWK/Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.44; Lakies, s.1904; Dorth, s.288.

⁴²⁶ HWK/Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.44; Worzalla, s.127. Bkz. BAG, Urteil vom 21.11.2001, 5-AZR, 158/00, BAGE 100, s.13; BAG, Urteil vom 16.03.1994, NZA, 1994, s.937.

⁴²⁷ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.437; HWK/Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.44; Lakies, s.1904; Dorth, s.291-292; Worzalla, s.127.

⁴²⁸ Dorth, s.292; Lakies, s.1903.

olarak kabul edilmesinde, iş sözleşmesinden ayrı olarak ya da sözleşme içinde klot olarak düzenlenmesi veya hangi yazı tipinin veyahut sözleşme tipinin tercih edildiğı önemli değildir.

Anayasa’da yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğü gereğı geri ödeme klotu, işçinin dürüstlük kuralına aykırı olacak derecede işyerine bağlanmasına yol açıyorsa ve bunun sonucunda işçinin fesih hakkını kullanması, kabul edilemeyecek derecede zorlaşıyorsa, geçersiz sayılmaktadır⁴²⁹. Klotun geçerli olabilmesi için, giderleri işveren tarafından karşılanan eğitim sonucu işçinin elde ettiğı bilgi ve deneyimleri başka işyerinde değerlendirebilmesi ve mesleki açıdan yükselmesini sağlaması beklenmektedir. İşçiye eğitim verilmesi sonucu, sadece işverenin işyerinde kazanım elde etmesi yeterli bulunmamaktadır⁴³⁰.

Geri ödeme klotunda, dürüstlük kuralına aykırı olarak işçinin aleyhine bir düzenleme yer alıp almadığına yönelik genel işlem koşulu içerik denetimi yapılması ayrı bir öneme sahiptir⁴³¹. Fakat unutulmamalıdır ki geri ödeme klotları, mutlak olarak işçi aleyhine dürüstlük kuralına aykırı hüküm olarak kabul edilmemektedir; içerik denetimi hükümlerine uygun olmaları halinde geçerli sayılmaktadır.

Genel işlem koşulu içerik denetimi çerçevesinde, geri ödeme klotunun, işverenin haklı menfaatini karşılamasının yanı sıra, işçinin de çalışma hayatı için uygun bir kazanıma sahip olması aranmaktadır. Dolayısıyla geri ödeme klotunun içerik denetiminde, sözleşme taraflarının menfaatleri karşılaştırılmaktadır⁴³². İşverenin haksız yere kendi menfaatlerine uygun bir düzenleme öngörmesi ve karşılığında işçiye herhangi bir menfaat sağlamaması halinde, içerik denetimi hükümlerine aykırılık ortaya çıkmaktadır⁴³³. İşçinin geri ödeme klotu ile bağı olduğu

⁴²⁹ ErfK/ Preis, §622 BGB, Rn.45; ErfK/ Schmidt, §12 GG, Rn.34; HWK/C.W.Hergenröder, §12 GG, Rn.68; Lakies, s.1903.

⁴³⁰ HWK/C.W.Hergenröder, §12 GG, Rn.68. Ayrıca bkz. BAG, Urteil vom 21.11.2001, 5-AZR, 158/00, BAGE 100, s.13.

⁴³¹ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.440; Dorth, s.292.

⁴³² ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.437; HWK/Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.44; Dorth, s.292. Bu yönde bir yargı kararı için bkz. BAG, Urteil vom 19.01.2011, 3 AZR 621/08, NZA 2012, s.90.

⁴³³ Dorth, s.292.

süre, yine içerik denetimi kapsamında menfaat karşılaştırması yapılarak denetlenmektedir⁴³⁴.

Mesleki eğitim karşılığı geri ödeme klozu bakımından içerik denetiminde öncelikle, temel olarak işçi ve işveren menfaatleri karşılaştırılmaktadır. Bununla bağlantılı olarak sonraki aşama ise klozun somut içeriğinin geçerliliğinin denetlenmesidir. Geri ödeme klozunun içeriğinin geçerli olup olmadığı, işçinin işyerine bağlanma süresi, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde geri ödeyeceği giderin miktarı ile geri ödeme yükümlülüğü doğuran davranışın ağırlığı ölçütleri yoluyla belirlenmektedir⁴³⁵. Genel işlem koşulu içerik denetimi kapsamında, düzenlemenin açık ve anlaşılabilir olması kuralı da uygulanacaktır. Örneğin işçiye verilen eğitimin sonunda bir sınav yapılmaktaysa ve işçi bu sınavda başarısız olmuşsa, geri ödeme yükümlülüğü ancak sözleşmede bu durum açık bir şekilde kararlaştırılmışsa muaccel olmaktadır⁴³⁶.

Toplu iş sözleşmesinde düzenlenen geri ödeme klozları ise toplu iş sözleşmesinin içerik hükümlerine dâhil olup, normatif etkiye sahiptirler⁴³⁷. Bununla beraber uygulamada, işçinin mesleki eğitimi ve gelişimine ilişkin gider yapılmasına ve bunun için geri ödeme yükümlülüğü belirlenmesine ilişkin klozlara toplu iş sözleşmelerinde fazla rastlanmamaktadır. Zira bu giderler, aslında her bir işçi bakımından ele alınması gereken bireysel karaktere sahiptir⁴³⁸. Bununla beraber böyle bir kloz kararlaştırılmış olması olasılığında ise toplu iş sözleşmesi taraflarının eşit konumda oldukları ve toplu sözleşme özerkliği dikkate alınarak, iş sözleşmesi taraflarına nazaran daha geniş bir içerik belirleme özgürlüğüne sahip oldukları ifade

⁴³⁴ Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.21. Alman Hukuku'nda Federal İş Mahkemesi'nin, geri ödeme klozlarına ilişkin 1962 tarihinde verdiği ilk karardan itibaren, söz konusu klozların içerik denetimine dair sayısız ölçüt getirilmiştir. Bu yönde bkz. BAGE, 13, 168 ff., NJW 1962, 1981, AP Nr.25, Art 12 GG. Söz konusu ölçütlerin sistematik bir halde ele alınması halinde iki aşamalı bir içerik denetimi yapıldığı ifade edilebilir. İlk olarak somut olay kapsamında işverenin, işçinin eğitim giderlerini üstlenmesi halinde kararlaştırılan geri ödeme klozunun, menfaat dengesi kapsamında değerlendirilmesidir. İkinci aşamaya geçildiğinde ise klozun somut içeriği bakımından, geçerliliğinin değerlendirilmesidir. Bu iki aşama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dorth, s.292.

⁴³⁵ Dorth, s.294.

⁴³⁶ Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.21.

⁴³⁷ Blomeyer, Buchner, s.9; Lakies, s.1903-1904; Dorth, s.288.

⁴³⁸ Blomeyer, Buchner, s.9; Dorth, s.288.

edilmektedir⁴³⁹. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinde yer alan geri ödeme klozları genel işlem koşulu içerik denetimine tâbi kabul edilmemektedir. Fakat toplu iş sözleşmesinde yer alan geri ödeme klozları da hukuka uygunluk denetimine tâbidirler⁴⁴⁰. Bu bakımdan toplu iş sözleşmesinde yer alan geri ödeme klozları için de Anayasa’da yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile kanunda yer alan emredici hükümlere ve ahlaka aykırı olmama düzenlemesi geçerlilik sınırı oluşturmaktadır⁴⁴¹.

3. Menfaat Denetimi

a. İşçinin Eğitim Sonucunda Menfaat Elde Etmesi

Eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozu, işçinin Anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile sözleşmeyi feshetme hakkını sınırlandırmaktadır. Bu nedenle klozun geçerli sayılması, işverenin menfaatinin bulunmasının yanı sıra, işçinin de bu klozun kararlaştırılmasında menfaati olmasına bağlıdır. Dolayısıyla işçinin, aldığı eğitim sonucunda kendi lehine belirli bir mesleki kazanım sağlaması menfaat denetiminin bir ayağını oluşturmaktadır⁴⁴². Buna karşılık işçinin, mesleki eğitimden herhangi bir menfaati olmadığı hallerde bu kloz geçersiz sayılmaktadır⁴⁴³.

İşçi bakımından, menfaat karşılaştırılmasında dikkate alınacak ölçüt, işçinin bu kloz sayesinde gerçek anlamda mesleki ve maddi değeri haiz bir kazanıma sahip olup olmadığıdır. Eğer gerçekten mesleki kazanım elde etmişse, bunun oranının ne olduğu da önemlidir. Söz konusu kazanım, eğitim giderini karşılayan işverenin işletmesinde ortaya çıkabilecektir. Bunun dışında, işçinin eğitim sonucunda edindiği kazanımların,

⁴³⁹ HWK/Henssler, §1 TVG, Rn.136; Dorth, s.288.

⁴⁴⁰ Alman Hukuku’nda ise toplu iş sözleşmelerinin içerik denetiminden hariç tutulmasına ilişkin istisna açıkça BGB m.310/4’de yer almaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.442; Lakies, s.1903-1904; Dorth, s.288.

⁴⁴¹ Alman Hukuku’nda doktrinde bir görüş tarafından, toplu iş sözleşmelerine atıfta bulunularak hazırlanan iş sözleşmesi hükümleri bakımından da genel işlem koşulu içerik denetimi yapılmayacağı kabul edilmektedir. Lakin burada bahsi geçen denetim serbestisi, toplu iş sözleşmesi bütününe atıf yapılması halinde geçerlidir; yoksa toplu iş sözleşmesinin münferit hükümlerine yapılan atıflar için geçerli değildir. Bu görüş yönünde bkz. Lakies, s.1904.

⁴⁴² Soyer, **Cezai Şart**, s.373.

⁴⁴³ Dorth, s.292

çalışma piyasasında daha iyi gelir ve istihdam imkânı elde etmesini sağlaması da bu kapsamda değerlendirilmektedir⁴⁴⁴.

İşçinin, aldığı eğitim sonucunda mesleki bilgisini ve yeteneklerini artıracığı beklentisi, geri ödeme klozu kararlaştırılması bakımından tek başına yeterli değildir. Yine işçinin, eğitim sonunda edindiği kazanımları gerçekten kendisi için doğru şekilde değerlendirip değerlendirmemesi de bir ölçüt olarak görülmemektedir⁴⁴⁵. İçerik denetiminde dikkate alınması gereken en önemli husus, verilen eğitimin işçiye ek bir nitelik kazandırıp kazandırmadığıdır. Bu konuda özellikle, işçiye yabancı dil eğitimi verilmesi, araç kullanma ehliyeti sağlanması veya uçak kullanma eğitimine tâbi tutulması gibi haller uygulamada önemli nitelikler olarak görülmektedir. Yine yükseköğrenimin finanse edilmesi de mesleki kazanımlarının ve çalışma pazarında istihdam olanağının artmasına neden olabilecektir⁴⁴⁶. Böylelikle diğer şartların da varlığı halinde, mesleki eğitim giderine yönelik geri ödeme klozu kararlaştırılmasının geçerliliği bakımından menfaat dengesi sağlanmış olacaktır⁴⁴⁷.

İşçinin, işverence finanse edilen mesleki eğitimden menfaati ne kadar fazla ise, geri ödeme klozunun geçerli kabul edilme olasılığı da o kadar yüksek görülmektedir⁴⁴⁸. İşçinin menfaatinin tespitinde ise söz konusu eğitimle istihdam olanaklarının artması, daha yüksek ücret alma imkânına kavuşması gibi ölçütler dikkate alınmaktadır. Buna karşılık işçinin aldığı mesleki eğitim, sadece işyerine özgü olup, mesleği bakımından ise genel bir nitelik sağlamak dışında başka bir kazanım getirmiyorsa, geri ödeme klozu geçersiz kabul edilebilecektir⁴⁴⁹. Örneğin, mevcut bilgilerin tazelenmesi veya yeni bir ürünün tanıtılması için finanse edilen eğitim

⁴⁴⁴ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.438; HWK/ Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.44; Schaub/ Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.21; Dorth, s.292-293; Soyer, **Cezai Şart**, s.374.

⁴⁴⁵ Dorth, s.293.

⁴⁴⁶ Dorth, s.293. Benzer örnekler için bkz. Soyer, **Cezai Şart**, s.374.

⁴⁴⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, bu şarta açıkça dikkat çekmiştir: “...İşverence işçiye verilen eğitim, işçinin işyerinde mal ve hizmet üretimine katkı sağlaması sebebiyle işveren yararına olmakla birlikte, verilen eğitim sayesinde işçi daha nitelikli hale gelmekte ve ileride daha kolay iş bulabilmektedir. Bu nedenle işçiye masrafları işverence karşılanmak üzere verilen eğitim karşılığında, işçinin belirli bir süre çalışmasının kararlaştırılması mümkündür...” . Bkz. Y.9.HD., T.29.02.2016, E.2014/32276, K.2016/4274, Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları)**, s.1368-1369.

⁴⁴⁸ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.438.

⁴⁴⁹ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.439; Blomeyer, Buchner, s.77.

sadece işverenin menfaatini karşılamayı amaçladığından, geri ödeme yükümlülüğü kararlaştırılamayacağı kabul edilmektedir⁴⁵⁰. Görüldüğü üzere önemli olan, işçiye yapılan giderlerin gerçek bir eğitimden kaynaklanıyor olmasıdır. Ayrıca bu eğitimin, işçiye daha önce sahip olmadığı nitelikler kazandırarak, çalışma hayatı için menfaat sağlaması da önemli bir ölçüttür⁴⁵¹.

b. İşverenin Haklı Menfaatinin Bulunması

İşçiye verilen eğitimin değeri ne kadar artarsa, işçinin daha iyi olanaklarla başka bir işyerinde istihdam edilme olasılığı da o oranda artacaktır. Bu durumda ise eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozu kararlaştırmasında, işverenin haklı menfaati olduğundan söz edilebilecektir⁴⁵².

İşveren tarafından finanse edilen eğitimin nitelikli olması gerektiği bir üst başlıkta ele alınmıştı. Hâkim tarafından değerlendirilmesi gereken bir diğer unsur ise işverenin, eğitim giderinin geri ödenmesini işçiden talep etmesi için haklı menfaatinin bulunup bulunmadığıdır⁴⁵³. Bununla beraber sadece işverenin menfaatini karşılamayı hedefleyen bir eğitim, işçinin menfaatini içermeme sonucunu da beraberinde getirmektedir. Eğer işverence sağlanan eğitim, işçiye mesleki açıdan kazanım sağlamayıp, sadece işverene yönelik olarak iş sözleşmesi ile yükümlenilen edimlerin ifasını hedefleyen bir niteliğe sahip ise geçersiz kabul edilecektir⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ Soyer, **Cezai Şart**, s.373-374; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.40.

⁴⁵¹ Blomeyer, Buchner, s.76-77; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.40. İşçinin, işverence giderleri karşılanan eğitim sonucunda çalışma hayatında mesleki yarar sağladığının ispat yükü işverenin üzerindedir. Bununla beraber doktrinde, varlığı açıkça anlaşılabilen bir mesleki kazanımın artık işveren tarafından ispat edilmesine gerek olmadığı ifade edilmektedir. Bu görüş için bkz. Soyer, **Cezai Şart**, s.374.

⁴⁵² Dorth, s.293; Soyer, **Cezai Şart**, s.373. Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.257.

⁴⁵³ Soyer, **Cezai Şart**, s.373-374.

⁴⁵⁴ Sadece işverenin menfaatine olan eğitime örnek olarak, işe alıştırma eğitimi ile işyerinde kullanılan ve hızla gelişen teknoloji için kısa kurslar verilmesi gibi haller verilmektedir. Bu konuda bkz. Dorth, s.293.

c. Denetimde Esas Alınacak Ölçütler

(1) Eğitim Gideri

İşveren tarafından gideri karşılanan eğitimin işçiye ekonomik anlamda menfaat sağlaması önemli bir ölçüt olsa da tek başına geri ödeme klozunun geçerli sayılması için yeterli değildir. Tarafların menfaatlerinin karşılaştırılmasında tamamlayıcı bir ölçüt olarak, eğitim giderinin de dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁵⁵. Nitekim işverenin işçiye sağladığı eğitim nedeniyle yaptığı giderlerin önemli oranda yüksek olması, belirli süre işçinin işyerinde çalışmasını istemekte işverenin haklı menfaati bulunduğuna gösterge olabilecektir. Tam tersi bakış açısıyla konu ele alındığında, işçinin eğitimi için işverenin önemli bir harcama yapmamış olması olasılığında, geri ödeme klozu kararlaştırılması bakımından işverenin haklı menfaati olmadığından söz edilecektir. Bu son halde ise geri ödeme klozunun geçersizliği yaptırım uygulama alanı bulacaktır⁴⁵⁶.

Geri ödeme klozunun geçerliliği bakımından işverenin haklı menfaati bulunup bulunmadığının tespitine karşılık, işçiden de bu yükümlülüğe uymanın dürüstlük kuralı uyarınca beklenebilir olup olmadığı saptanmalıdır. İşçiden geri ödeme yükümlülüğüne uymanın beklenebilirliğinin tespitinde, işçinin eğitimi için yapılan giderlerin boyutu da önemli bir ölçüttür⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.40.

Yargıtay bir kararında davacının, davalıya eğitim verildiğine yönelik gider yapıldığını ispatlayamaması nedeniyle, isabetli olarak eğitim gideri alacak talebinin reddi gerektiği sonucuna varmıştır: “...*Davacı Mart 1999 tarihinde davalı Emine T.'e MT eğitim verdiği iddia etmiş, delil olarak da 15-16.04.1999 ve 20-21.10.1999 tarihli eğitimlere ilişkin gider belgelerine dayanmıştır. Davalı ise çalıştığı süre boyunca hiçbir eğitim almadığını savunmaktadır. Davalının iddia edilen eğitim programlarına katıldığına dair herhangi bir devam çizelgesi yada katılım listesi sunulmuş değildir. Mevcut belgelerde davalı Emine'nin ismi geçmemektedir. Dosyadaki belgelere göre davalının söz konusu eğitimlere katılmış olduğu davacı tarafından açıkça kanıtlanamadığına göre eğitim giderleri ile ilgili alacak talebinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...*”. Bu karar için bkz.Y.9.HD., T.22.11.2004, E.2004/10517, K.2004/25978, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 26.02.2019.

⁴⁵⁶ Dorth, s.293.

⁴⁵⁷ Blomeyer, Buchner, s.79; Soyer, **Cezai Şart**, s.375.

Nitekim Yargıtay da kararlarında bu ölçüte dikkat çekmektedir. Somut olayda davacının, sözleşmedeki hüküm uyarınca, zararın rakamsal olarak belirlenemediğini ileri sürmek suretiyle, davalı tarafından 8 aylık brüt ücreti tutarında tazminatın ödenmesini talep ettiği davada, Yargıtay, “...*Mahkemece yapılacak iş, öncelikle davacı işverenin davalı için ne kadar eğitim masrafı yaptığı tespit ettirilerek, tespit edilen rakamın davacının çalıştığı ve çalışılmayan süreye oranlanarak davacının cezaî şart*

Türk Hukuku'nda savunulan bir görüşe göre, geri ödenmesi kararlaştırılan giderlerin miktarı ve ödemenin şekli, işçinin geri ödeme klozuna uymasının beklenebilirliği bakımından önemli bir hareket noktasıdır. Geri ödenmesi gereken miktar ne kadar yüksek ise işçinin fesih hakkını kullanması da o kadar sınırlandırılabilir⁴⁵⁸. Alman Hukuku'nda da işveren tarafından işçinin eğitimi için yapılan yüksek miktardaki giderin, işçinin daha uzun süre işyerine bağlanmasını sağlayacağı ifade edilmektedir. Bununla birlikte bu ölçüt, tek başına işçinin fesih özgürlüğünü sınırlamak için yeterli görülmemektedir⁴⁵⁹. Dolayısıyla işveren tarafından karşılanan yüksek miktardaki eğitim giderine rağmen, özellikle işçinin bu klozun kararlaştırılması bakımından herhangi bir menfaati olmaması halinde kloz geçersiz sayılmalıdır⁴⁶⁰. Bu bakımdan işçinin eğitim yoluyla elde edebileceği ekonomik menfaatlerin, işverenin haklı menfaatinin belirlenmesinde yararlanılabilecek ölçütlerden biri olabileceği belirtilmektedir⁴⁶¹.

(2) Bağlanma Süresi

i. Genel Olarak

İşveren tarafından gideri karşılanan eğitimin tamamlanmasından sonra işçinin, geri ödeme yükümlülüğünden kurtulmak için işyerinde asgari olarak çalışması gereken süreye, “*bağlanma süresi*” denilmektedir⁴⁶². Geri ödeme klozunun geçerli olması için bağlanma süresi ile işçinin söz konusu eğitim sonunda elde edeceği ekonomik menfaatlerin uygun bir ilişki içinde bulunması gerekmektedir⁴⁶³. Bunun yanı sıra

alacağı bulunarak sonucuna göre karar verilmektedir...”sonucuna varmıştır. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.30.03.2017, E.2017/19244, K.2017/5337, Çalışma ve Toplum, 2018/1, s.335-340.

⁴⁵⁸ Soyer, **Cezai Şart**, s.375-376.

⁴⁵⁹ Hanau/Stoffels, s.25.

⁴⁶⁰ Hanau/Stoffels, s.25.

⁴⁶¹ Dorth, s.293.

⁴⁶² Yargıtay, işçinin geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırıldığı süreyi de eğitim karşılığı yükümlü olduğu çalışma süresinden saymaktadır. Bu yönde bkz. Y.22.HD., T.30.01.2014, E.2013/37154, K.2014/1142, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 26.02.2019.

⁴⁶³ Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.152-153; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.40.

bağlanma süresi ile işverenin yaptığı giderler arasında da uygun bir ilişki olması beklenmektedir⁴⁶⁴.

İşçinin, sözleşme ile bağlı tutulduğu çalışma süresi, amacını aşacak şekilde fesih hakkını sınırlamamalıdır. Nitekim geri ödeme klotu ile belirlenen bağlanma süresi arttıkça, işçinin fesih özgürlüğüne yönelik sınırlama da artmaktadır. İşçinin, eğitim sonucu elde ettiği mesleki ve ekonomik menfaatler ile bağlanma süresinin birbirine uygunluğu, öncelikle eğitimin süresi dikkate alınarak değerlendirilebilecektir⁴⁶⁵. Bu kapsamda eğitimin süresi, bir yandan işçinin eğitim için yapılan giderlerin yerindeliğinin, diğer yandan ise verilen eğitimin nitelikli olup olmadığının tespitinde ölçüt olabilecektir⁴⁶⁶.

Alman Hukuku'nda BGB m.624'de yer alan sözleşme ile bağlanma süresine ilişkin düzenlemenin, geri ödeme klotunu da kapsamına aldığı kabul edilmektedir. Bu

⁴⁶⁴ Blomeyer, Buchner, s.11-12; Soyer, **Cezai Şart**, s.375; Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.152; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **Ders Kitabı**, s.257.

1960'lı yıllardaki yargı kararlarında, tarafların sözleşme serbestisine müdahale etmesi bakımından başlıca üç argümana dayanıldığı görülmektedir. İlk olarak fesih şartlarının taraflar için farklı belirlenmesi yasağı ele alınmaktadır. Fesih hakkının işçi bakımından uygun olmayan uzunlukta bir süre boyunca sınırlanması, bu yasağa aykırı kabul edilmektedir. İkinci olarak bağlanma süresinin uzun belirlenmesi halinde, iş sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme borcuna aykırılık olacağı argümanı ileri sürülmektedir. Son olarak ise işçinin, Anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğünün gözetilmesi gerekliliğine dayanılmaktadır. Bununla beraber yargı kararlarında ileri sürülen bu üç argüman da doktrinde eleştirilmiştir. Bu eleştiri yapılırken izlenen yöntem, Anayasal haklar üzerinden değerlendirme yapılması yerine, kanunun genel ilkelerinin ele alınması olarak belirlenmiştir. Bir grup yazar, konuyu hakkaniyet üzerinden ele alırken, diğer grup yazar ise sözleşme taraflarından birinin ekonomik olarak zayıf olmasından yararlanıldığı gerekçesiyle ahlaka aykırılık hükmüne, bir kısmı ise iyiniyet ve dürüstlük kurallarını çıkış noktası almak suretiyle işçinin korunması ilkesine dayanmaktadır. Geçmiş yıllarda ileri sürülen doktrindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.Blomeyer, Buchner, s.21; Franz Gamillscheg, "Zur Gratifikation mit Rückzahlungsvorbehalt, **RdA**, 1968, s.407-409. Bu konuda bahsi geçen yargı kararları için bkz. BAG, Urteil vom 16.03.1994, NZA, 1994, s.937; BAG, Urteil vom 31.05.1960, AP, N.15, BGB m.611; BAG, Urteil vom 29.06.1962, AP N.25, BGB m.611.

⁴⁶⁵ Eğitimin süresi ile bağlanma süresi arasında kurulan bu bağlantının sağlıklı bir sonuca ulaştıramayacağını ileri süren bir görüş ise işçinin somut ücretinin daha isabetli bir ölçüt olacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre, işveren için daha yüksek ücret alan işçi daha düşük ücret alan işçiye göre daha iyi değer artışı sağlayacaktır. Bu durumda yüksek ücret alan işçi, düşük ücret alan işçiye göre işverenin menfaatini daha hızlı amorti edebileceğinden, bağlanma süresi daha kısa tutulabilecektir. Bu görüş için bkz. Jesgarzewski, **BB 2011**, s.1597. Fakat bu görüş doktrinde yüksek ve düşük ücretli işçiler arasında bağlanma süresinin ters orantı ile kurulmasının isabetli olamayacağı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Bu eleştiri için bkz. Dorth, s.294-295.

⁴⁶⁶ Dorth, s.294; Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.152-153; Alp, s.29; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.40. Bu yönde bir Yargıtay kararında "...Verilen eğitimin karşılığında yükümlenilen çalışma süresinin de eğitimin türü ve masrafları ile uyumlu olması gerekir..." ifadeleri ile konuya dikkat çekilmiştir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.29.02.2016, E.2014/32276, K.2016/4274, Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları)**, s.1368-1369

hükme göre, sözleşme ile bağlanma süresi en fazla beş yıl olabilecektir. Ömür boyu devam etmek üzere imzalanan veya süresi beş yılı aşan sözleşmeler, beş yıl dolduktan sonra altı aylık fesih bildirim süresine uymak şartıyla feshedilebilecektir⁴⁶⁷. Türk Hukuku'nda da benzer bir hükme, TBK m.430/3'de belirli süreli iş sözleşmesi için yer verilmiştir. Fakat Alman Hukuku'ndan farklı olarak, altı aylık fesih bildirim süresine uymak suretiyle sözleşmenin feshedilebilmesi için, sözleşme ile bağlılık süresinin on yılı aşması aranmaktadır. Hukukumuzda da eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozu bakımından bağlanma süresi kanunen düzenlenmemiştir. Bu nedenle bağlanma süresinin üst sınırı bakımından, TBK m.430/3'de yer alan on yıllık sürenin kıyasen uygulanması bir ölçüt olması yönünden isabetli bulunabilir. Fakat kanaatimizce on yıllık süre, eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozu kararlaştırılmasının üst sınırı olması bakımından işçinin fesih özgürlüğü de düşünüldüğünde oldukça uzun bir süredir. Buna karşılık istisnai durumlarda işçi öyle bir menfaat elde etmiş olabilir ki, on yıllık süre bile bağlanma süresi olarak kısa görülebilir. Bu nedenle kanunda öngörülme-yen bir ölçütün kıyasen uygulanması yerine, hâkimin somut olaydaki tüm ölçütleri değerlendirmesi suretiyle bağlanma süresinin uygunluğunu tespit etmesi daha yerinde olacaktır.

İşveren tarafından işçinin eğitimi için yapılan giderin karşılığı olarak kararlaştırılan bağlanma süresinin makul olup olmadığını belirleyecek bir kademelendirme mevcut değildir. Nitekim böyle bir kademelendirme oluşturma çabası da isabetli görülmemektedir⁴⁶⁸. İşçinin geri ödeme klozu ile bağlı kalacağı sürenin tespitinde, mutlak bir kademelendirme yerine, eğitimin niteliği, geri ödenmesi kararlaştırılan miktarın yüksekliği ve eğitimin süresi değerlendirmede dikkate alınacak ölçütler olmalıdır. Ayrıca belirtilmelidir ki işverenin yaptığı harcamaların bütünü-nün değil, bu harcamaların ne kadarının işçiden talep edilebileceğinin de değerlendirmede gözetilmesi önem taşımaktadır⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Bu yönde bir yargı kararı için bkz. BAG, Urteil vom 15.12.1993, 5 AZR 279/93, NZA 1994, s.837.

⁴⁶⁸ Blomeyer, Buchner, s.78-79; Erdem Özdemir, "İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart", **Çalışma ve Toplum**, 2005/1, s.152.

⁴⁶⁹ Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.152. Geçmiş dönemde Alman Hukuku'nda aynı yönde bkz. Blomeyer, Buchner, s.78-79; Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.21.

Alman Hukuku'nda son yıllarda verilen yargı kararlarında görüldüğü üzere, bağlanma süresinin makul olup olmadığının tespitinde çeşitli kademelendirmelerden hareket edilmektedir. Alman Federal İş Mahkemesi, mesleki eğitim süresince işçinin ücretinin ödenmesine devam edildiği bir uyuşmazlıkta, bir aydan kısa süreli eğitim için sadece altı aylık bağlanma süresi kararlaştırılabileceği sonucuna varmıştır⁴⁷⁰. Benzer yöndeki kararlarda, iki aya kadar süren eğitim için bir yıllık⁴⁷¹, üç ila dört aya kadar olan eğitim süresi için ise kural olarak yirmi dört aya kadar bağlanma süresinin haklı görülebileceğine⁴⁷² yer verilmektedir. Buna karşılık altı ila on iki ay arası süren eğitimin, iş görme borcu olmaksızın devam etmesi halinde kural olarak otuz altı aya kadar⁴⁷³, eğitimin iki yıldan fazla sürmesi halinde ise beş yıla kadar bağlanma süresi kararlaştırılabileceği yönünde karar verilmektedir⁴⁷⁴. Ayrıca Federal İş Mahkemesi, eğitimin aralıklarla verilmesi halinde, arada kalan sürelerin hesaplamada dikkate alınamayacağını belirtmektedir⁴⁷⁵. Kuşkusuz yargı kararında yer alan süreler mutlak değil, sadece karar verilirken dikkate alınan birer ölçüttür. Dolayısıyla somut olayın özellikleri dikkate alınarak farklı süreler kabul edilebilecektir. Örneğin kısa bir eğitim alınmasına rağmen, işveren önemli bir harcama yapmış veya eğitimin kalitesi nedeniyle işçinin kazanımları fazla olmuşsa, daha uzun bağlanma süresi kararlaştırılması haklı kabul edilebilecektir⁴⁷⁶.

⁴⁷⁰ BAG, Urteil vom 05.12.2002, NZA, 2003, s.559; BAG, Urteil vom 15.09.2009, NZA, 2010, s.550.

⁴⁷¹ BAG, Urteil vom 15.12.1993, NZA, 1994, s.835.

⁴⁷² BAG, Urteil vom 21.07.2005, NZA, 2006, s.542.

⁴⁷³ BAG, Urteil vom 15.12.1993, NZA, 1994, s.835.

⁴⁷⁴ BAG, Urteil vom 12.12.1979, AP 4, §611 BGB.

⁴⁷⁵ BAG, Urteil vom 06.09.1995, NZA, 1996, s.314.

⁴⁷⁶ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.441; HWK/ Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.45; Schaub/ Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.26. Ayrıca bu konuda yargı kararı için bkz. BAG, Urteil vom 21.07.2005, NZA, 2006, s.542. Bu noktada tekrar belirtilmelidir ki genel işlem koşulu denetimine tâbi bir geri ödeme klotunda, bağlanma süresi aşırı bulunur ise klot tamamen geçersiz sayılmaktadır. Zira Alman Hukuku'nda BGB m.306'daki yasak dolayısıyla, tip sözleşmeler çerçevesinde geçersiz klotun makul bir sınıra indirilerek geçerli hale getirilmesi veya kısmen geçerli kabul edilmesi mümkün değildir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK/ Preis, §305-310 BGB, Rn.94. Bu konuda bkz. BAG, Urteil vom 06.08.2013, 9 AZR, 442/12, NZA, 2013, s.1361. Buna karşılık aksi hal, ancak İş Hukuku ile çalışma hayatının özelliklerinin, sözleşmeyi tamamlayıcı yorum yapılmasına izin verdiği ve geri ödeme klotunun geçerli ve geçersiz olarak kısımlara bölünebildiği hallerde mümkün görülmektedir. Bu konuda bkz. HWK/ Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.46; Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.26. Bu yönde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 14.01.2009, 3 AZR, 900/07, NZA, 2009, s.666. Reformdan önce ise hâkimin takdirine bağlı olarak uygun sınırlara indirme yapılmaktaydı. Bu yönde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 06.09.1995, NZA, 1996, s.314. Ayrıca bkz. ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.444.

Sonuç olarak hukukumuz bakımından da bağlanma süresinin uygunluğunun denetlenmesinde, Alman Hukuku'nda olduğu gibi çeşitli kademelendirmeler belirlenmesi mahkemeler bakımından bir hareket noktası oluşturacağından kuşkusuz kolaylık sağlayacaktır. Fakat kanaatimizce her somut olayın kendi içinde farklılıklar göstereceği dikkate alınarak, kesin bir kural konulmaksızın mevcut veriler üzerinden değerlendirme yapılması adaletli kararlar verilmesi bakımından daha isabetli olacaktır. Dolayısıyla bağlanma süresinin uygunluğunun belirlenmesi hâkimin takdirinde olup, eğitimin süresi, giderler, işçinin eğitimden kazandığı nitelikler ve benzeri ölçütler birlikte değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmalıdır.

ii. Bağlanma Süresi Bakımından Ortaya Çıkabilecek Sorunlar

Geri ödeme klotunda yer alan bağlanma süresinin uygunluğunun eğitim süresi ölçüt alınarak tespit edilmesi bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Zira uygulamada işverence gideri karşılanarak yurtiçinde veya yurtdışında verilen mesleki eğitim sırasında, genellikle işçinin iş görmesi mümkün olmamasına rağmen, işveren tarafından ücreti ödenmeye devam edilmektedir. Dolayısıyla işçiye, işverence sağlanan eğitim sırasında ücretinin ödenip ödenmediğinin bağlanma süresine etkisi konusu doktrinde oldukça tartışmalıdır. Aynı husus eğitim için fiilen yapılan giderler ile geri ödenmesi kararlaştırılan bedelin arasında bulunması gereken denge bakımından da önem arz etmektedir.

İşçiye eğitim süresince verilen ücretin, eğitim gideri olarak talep edilip edilemeyeceği konusunda bir görüşe göre, eğitim süresince işçiye ödenen ücretlerin kural olarak geri ödeme klotunda yer almaması gerekmektedir⁴⁷⁷. Bu görüşü savunan bir yazara göre, işçinin mesleki eğitim sırasında iş görme borcunu yerine getirememesi kendi iradesinden kaynaklanmamaktadır. İşçi, bu süre boyunca işverenin talimatı

⁴⁷⁷ Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.149; aynı yazar, **Cezai Şart**, s.413; aynı yazar, **Eğitim Gideri**, s.154; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.890-891; Karagöz, s.224; Ozan, s.143-144. Yargıtay da bir kararında, "...Kural olarak eğitimde davalı işçinin çalıştığı varsayılarak o dönem ile ilgili ödenen ücretler geri istenemez..." şeklinde bir ifadeye yer vermiştir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.13.10.2003, E.2003/3842, K.2003/16903, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 26.02.2019; aynı yönde bkz. Y.9.HD., T.01.02.2011, E.2010/16335, K.2011/1775, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 26.02.2019.

altında bulunmaktadır. Dolayısıyla işverenin, mesleki eğitim gören işçiye ücret ödemesi bir yükümlülüktür⁴⁷⁸.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1999 tarihli bir kararında, eğitim süresince çalıştırılmadığı halde işçiye ödenen ücretlerin geri ödenmesi talebini cezaî şart olarak değerlendirmiş ve sadece eğitim giderlerinin talep edilebileceği sonucuna varmıştır⁴⁷⁹. 2001 tarihli bir kararında ise aynı daire, sözleşmede eğitim sırasında iş görme karşılığı olmaksızın ödenen ücretin geri ödenmesine ilişkin açık hüküm bulunsa dahi bu hususun geri ödeme klotu içinde yer alamayacağı yönünde karara varmıştır. Gerekçe olarak ise eğitim süresinin, iş süresinden sayılmasına ilişkin 1475 sayılı İş Kanunu m.62'ye (*İşK m.66*) dayanmıştır⁴⁸⁰. 2007 tarihli bir kararında ise işçiye eğitim süresince iş görmeksizin verilen ücretlerin, eğitim giderlerinden farklı değerlendirilmesi sonucunda, bu ücretlerin işçiden geri talep edilmemesi gerektiğine yer verilmiştir⁴⁸¹. Belirtilmelidir ki karar metninden, somut uyuşmazlıkta işçinin eğitim süresince işyerinde çalışıp çalışmadığı anlaşılamamaktadır. Fakat iş görme karşılığı olmaksızın verilen ücret ifadesinden çalışmadığı sonucuna varılabilecektir.

İşçiye eğitim süresince verilen ücretin geri talep edilmesi konusunda ileri sürülen diğer görüşe göre ise konu, eğitim sırasında işçinin iş görme borcunu yerine

⁴⁷⁸ Ozan, s.143.

⁴⁷⁹ Y.9.HD., T.04.05.1999, E.1998/6271, K.1998/8515 ve bu kararın eleştirisi için bkz. Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.64 vd..

⁴⁸⁰ Y.9.HD., T.16.04.2001, E.2001/1800, K.2001/6392, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 21.02.2017. Bu kararı değerlendiren Alpagut, kararı iş sözleşmesinin kurulması ile işçinin, işverenin emir ve otoritesi altına girdiği; dolayısıyla eğitim süresinin, çalışma süresinden sayılması gerektiği yönünden isabetli bulmaktadır. Fakat yazar, sözleşmede cezaî şart kapsamına eğitim süresine ilişkin ücretin geri ödenmesinin açıkça dahil edilmesini geçerli ve mümkün bularak, kararın bu kısmına katılmamaktadır. Bu yorum için bkz. Alpagut, **Değerlendirme 2001**, s.116-117.

⁴⁸¹ Y.9.HD., T.25.09.2007, E.2007/20016, K.2007/28104 ve kararın eleştirisi için bkz. Fevzi Demir, Gönenç Demir, "İş Sözleşmesinde Yer Alan Eğitim Karşılığında Çalışma Şartı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.17, Mart 2010, s.111 vd.

Yargıtay'ın bu kararını değerlendiren Demir/Demir'e göre, yerel mahkeme tarafından sözleşmede eğitim giderleri ile ödenen ücretin geri talep edilmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı ifade edilmektedir. Hâlbuki eğitim giderinin geri ödenmesi yükümlülüğü, yazılı olarak sözleşmede ya da ek protokolde hüküm altına alınmalıdır. Bununla birlikte işverenin yaptığı harcamalar ile nitelik kazanan ve daha iyi istihdam olanağı sağlayacak konuma gelen işçinin, haklı neden olmaksızın iş sözleşmesini feshetmesi halinde, eğitim giderinin kendisinden talep edilememesi menfaat dengelerine, adalet ve hakkaniyete aykırı olacaktır. Dolayısıyla sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda, TBK'nın sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurularak eğitim giderlerinin talep edilebilmesinin, taraflar arasındaki menfaat dengesine de uygun olacağı savunulmaktadır. Bu değerlendirme için bkz. Demir, Demir, s.115-117.

getirip getirmemesine göre yapılan bir ayrıma dayalı olarak ele alınmalıdır. Bu ayrıma göre, eğitimin çalışma süreleri içinde verilmesi halinde, bu süre içerisinde işçiye iş karşılığı olmaksızın ödenen ücretler ve ikramiyeler, eğitim gideri içinde sayılmalıdır⁴⁸². İşçiye ödenen ücret, Anayasa m.55'e göre iş görme borcunun karşılığıdır. Bunun yanı sıra İş Kanunu'nda bir iş karşılığı olmaksızın ücret ödenmesi gereken haller açıkça sayılmıştır. Dolayısıyla bu haller dışında yapılan ödemeler ücret kavramı altında sayılamayacağından, eğitim gideri sayılması gerektiği savunulmaktadır⁴⁸³. Buna karşılık işçi, eğitim sırasında iş görmeye devam ediyor ise ödenen ücretlerin eğitim gideri karşılığı kararlaştırılan geri ödeme klozu kapsamında yer almaması gerektiği belirtilmektedir⁴⁸⁴.

Bağlanma süresi kapsamında sorun yaratabilecek ikinci bir konu ise işçinin iş görmediği halde iş ilişkisinin sürdüğü hastalık, analık izni, ebeveyn izni gibi hallerde eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozunda yer alan bağlanma süresinin uzatılmasının gerekip gerekmediğidir. Normal şartlarda işverenin, işçinin eğitimi için yaptığı harcamaları amorti edebilmesi için bağlanma süresinin çalışmadığı süre kadar uzatılmasında haklı menfaati olduğu ifade edilebilecektir. Nitekim işveren yaptığı yatırımın karşılığını, ancak işçinin iş görmesi sonucunda alabilecektir. Buna karşılık işveren, işçinin çalışmadığı süreden herhangi bir menfaat elde edemeyecektir⁴⁸⁵.

Doktrinde bir görüşe göre, öncelikle geri ödeme klozu içeren sözleşmede açık bir hüküm bulunmadığı halde, işçinin kanunda tanınan bir hakını kullanarak iş görmediği sürenin, eğitim gideri karşılığı olarak kararlaştırılan bağlanma süresine eklenmemesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna karşılık geri ödeme klozunu içeren sözleşmede açıkça aksine bir düzenleme öngörülümüşse, bu düzenleme kanunun

⁴⁸² Soyer, **Cezai Şart**, s.376; Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.66-67; Demir, **Demir**, s.115; Alpagut, **Değerlendirme 2001**, 117; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.43; aynı yazar, **Değerlendirme 2013**, s.72.

⁴⁸³ Demir, **Demir**, s.115-116.

⁴⁸⁴ Soyer, **Cezai Şart**, s.376; Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.66-67; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.43. Ayrıca işçi için kesilen vergi ve sigorta primlerinin de işveren tarafından geri ödenmesi talep edilen kalemler kapsamında kabul edilmemesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. Karagöz, s.224; Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.149-150; aynı yazar, **Eğitim Gideri**, s.154. Bu konu hakkında Alman Hukuku'nda ayrıntılı bilgi için bkz. Dorth, s.295.

⁴⁸⁵ Dorth, s.295.

emredici hükümlerine aykırı olmaması ve işçi aleyhine uygun olmayan kısıtlamalar içermemesi halinde geçerli olacaktır⁴⁸⁶.

Bu konuda dikkate alınması gereken emredici kanuni düzenlemeler içinde özellikle analık izni, süt izni ve ebeveyn izni yer almaktadır. Türk Hukuku'nda İşK m.74'de analık izni ve süt izni, İşK m.13/5-6'da ise ebeveyn izni düzenlenmiştir. Analık ve ebeveyn izninden işçinin yararlanması halinde, bu izinlerin ücret hakkı ve çalışma süresi üzerinde farklı etkileri ortaya çıkmaktadır⁴⁸⁷. Süt izni kullanılması halinde, kanunun açık hükmü uyarınca bu süreler çalışma süresinden sayılmaktadır (İşK m.74/7, m.66/1, e). Bununla birlikte İşK m.74/1'de düzenlenen toplam 16 haftalık analık izni bakımından, bu sürenin çalışma süresinden sayılması konusunda kanunda açık bir düzenleme olmadığından, bu süreler çalışma süresinden sayılamayacaktır. Yine İşK m.74/2'de yer alan çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilmesi ile İşK m.74/6'da düzenlenen altı aya kadar ücretsiz izin bakımından da bu sürelerin ücretsiz olarak kullanılması dolayısıyla, çalışma süresinden sayılmadığı anlaşılmaktadır. Aynı şekilde İşK m.13/5'de düzenlenen ebeveyn izni bakımından da işçi, işverenden sadece kısmi süreli olarak çalıştığı süreye ilişkin ücretini orantılı olarak talep edebilecek olup, çalışmadığı sürenin ücretini isteyemeyecektir⁴⁸⁸. Tüm bu hallerde kanundaki düzenlemelerin esas amacı, işçilerin istihdamda kalmalarının sağlanması yoluyla çocukları ile ilgilenebilmeleri için zaman yaratmaktır⁴⁸⁹. Bununla birlikte çalışma süresinden sayılmayan ve kural olarak ücret ödenmeyen izinlerin kullanılması halinde, bu sürelerin eğitim gideri karşılığı kararlaştırılan bağlanma süresine eklenmesi kanaatimizce düzenlemenin amacına aykırılık oluşturacaktır⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ Dorth, s.295.

⁴⁸⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Saim Ocak, "Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.37, 2017, s.96; Aslı Çalışkan, **İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezleri Dizisi, İstanbul, On İki Levha, 2018, s.139 vd..

⁴⁸⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Saim Ocak, "Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin Ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması", **İş ve Hayat Dergisi**, S.5, 2017, s.135. İşK m. 74/2 ile bağlantılı olarak, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa eklenen ek 5. maddede, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince yarım çalışma ödeneği verilmesine ilişkin hususlar düzenlenmiştir. 4447 sayılı Kanun, RG.T.08.09.1999, RG.S.23810.

⁴⁸⁹ Ocak, s.135; aynı yazar, **Kısmi Süreli Çalışma**, s.53.

⁴⁹⁰ Alman Hukuku'nda ebeveyn izni, çalışan ebeveynlerin çocuklarının bakımı ve yetiştirilmesi ile ilgilenebilmeleri amacıyla kabul edilmiştir (*Bundeselternge- und Elternzeitgesetz-BEEG*, T.27.01.2015, BGBl. I S. 33, m.15). Dolayısıyla ebeveyn izni süresinin, eğitim gideri karşılığı olarak

Süt izni ise kanunda açıkça çalışma süresi içinde sayıldığından, bu iznin kullanılması halinde bağlanma süresine eklenmeyeceği konusunda tereddüt yoktur.

Bağlanma süresi bakımından ortaya çıkabilecek bir başka sorun ise bu süre devam ederken işyerinin devredilmesi halidir. Yargıtay, bu konuda “...İşyerinin devri halinde de işçinin eğitim gideri karşılığında belirli bir süre çalışma yükümü devam eder. Bu konuda yükümlülüğün ihlali halinde devralan işverenin de eğitim giderlerini talep hakkı bulunmaktadır...” ifadesine yer vermek suretiyle, isabetli olarak işçinin yükümlülüğünün devam edeceği yönünde karar vermektedir. Nitekim İşK m.6 uyarınca, işyeri devri halinde, işyerinde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçmektedir⁴⁹¹.

kararlaştırılan bağlanma süresine eklenmesi, düzenlemenin amacına ve Alman Anayasası’na aykırılık teşkil edebilecektir (GG m.6/1). Alman Anayasası’nın 6. maddesi, devletin koruma ve bakım yükümlülüğünü düzenlemekle birlikte, çalışan ebeveynlerin işlerini kaybetmeden çocuk bakımını yerine getirebilmelerini de kapsamaktadır. Zira BEEG m.15’de yer alan düzenleme, Alman Anayasası’nın ilgili maddesindeki işçinin ebeveyn izni öncesi veya sonrasında işyerindeki konumunu etkileyen düzenleme getirilmesi yasağının somutlaştırılmış hali olarak görülmektedir. Bu sebeple işçinin izinde geçirdiği sürenin çalışılmış sayılan haller içinde değerlendirilmemesi ve bağlanma süresine eklenmesi halinde, işçinin ebeveyn izni kullanmaya karar verme özgürlüğü kısıtlanmış olacaktır. Sonuç olarak ebeveyn izninin, bağlanma süresini uzatacak şekilde hesaplanması, işçi aleyhine hakkaniyete aykırı bir düzenleme olarak kabul edilmektedir. Aynı sonuç, analık izni hali için de geçerlidir (Mutterschutzgesetz-MuSchG, T. 20.06.2002, BGBl. I S.2318, m.3/2, m.6/1) Fakat farklı bir sonuç, Tatil Günleri ve Hastalık Halinde İşçi Ücretlerinin Ödenmesi Hakkında Kanun (Entgeltfortzahlungsgesetz-EntgFG, T. 26.05.1994, BGBl. I S. 1014, 1065) m.4a’da yer alan hastalık izni bakımından ortaya çıkabilmektedir. Zira bu maddede sayılan durumlarda ücretlerin kısmen kesilmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla doktrinde işçinin kararlaştırılan süreden önce iş sözleşmesini sona erdirmesi halinde, kısmen kesinti yapılan izin süresinin işçinin bağlanma süresine orantılı şekilde eklenebileceği kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Dorth, s.296.

⁴⁹¹Bu yönde bkz. Y.22.HD., T.30.01.2014, E.2013/37154, K.2014/1142, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 26.02.2019. Yargıtay, işçinin ihaleyi alan işveren nezdinde çalışmaya devam etmesi halinde ihaleyi kaybeden alt işveren tarafından, işçiden ve ihaleyi alan işverenden eğitim gideri karşılığı cezaî şart talep edildiği bir uyuşmazlıkta bu tutarların yeni işverenden talep edilemeyeceği yönünde karar vermiştir. Doktrinde Alpagut bu kararı, İşK m.23’ün dikkate alınmaması yönünden eleştirmektedir. Bu karar ve incelemesi için bkz. Y.9.HD., T.11.10.2010, E.2008/35641, K.2010/28575, Alpagut, **Değerlendirme 2010**, s.63-65.

(3) Eğitimin Süresi ve Niteliği

İşçinin geri ödeme yükümlülüğü ile bağlı tutulduğu sürenin uygunluğunun tespitinde eğitimin süresi ile eğitimin niteliği de belirleyici olmaktadır. Eğitimin süresi ve işçinin bu eğitimden elde ettiği kazanımlar, bağlanma süresi ile uygun bir ilişki içinde bulunmalıdır⁴⁹². Geçersiz bir geri ödeme kloxuna örnek olarak beş günlük kısa süreli meslek içi eğitime karşılık, iki yıllık çalışma yükümlülüğü getirilmesi gösterilmektedir⁴⁹³. Ancak belirtmelidir ki her somut olayın özelliklerine göre ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Kimi durumda beş günlük eğitim bile işçinin büyük kazanımlar elde etmesine yol açabilecektir. Bunun yanı sıra işçiye verilen eğitimin süresi, geri ödeme kloxunun geçerliliğinin tespitinde tek ölçüt olarak da ele alınmamalıdır. Eğitimin niteliği ve eğitimin maliyeti de eğitimin süresi ile birlikte, menfaatler dengesinin hakkaniyete uygun olup olmadığının denetiminde dikkate alınmalıdır⁴⁹⁴. Örneğin işçiye verilen eğitim, işyerinde işverenin kendi personeli tarafından ve kendi imkânları dâhilinde veriliyorsa, eğitimin süresi uzun olsa bile, eğitim gideri karşılığı geri ödeme kloxu kararlaştırılmasına gerek olmayabilecektir⁴⁹⁵.

Kanunda eğitim gideri karşılığı geri ödeme kloxu ile bağlanma süresine bir üst sınır getirilmemiştir. Şüphesiz uyumsuzluk halinde değerlendirme yapılırken, eğitim süresine bir ölçüt olarak dayanılabilecektir⁴⁹⁶. Nitekim bu süre, işçinin işyerine bağlanmasında işverenin haklı menfaati olduğuna işaret edebilecektir. Bu nedenle yargı kararlarında, bağlanma süresinin sınırlarının tespiti amacıyla, eğitim süresi ile

⁴⁹² ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.441; HWK/Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.44; Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.26; Soyer, **Cezai Şart**, s.375; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.891.

⁴⁹³ Soyer, **Cezai Şart**, s.363 vd.; Süzek, s.753; Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.152. Böyle bir halde söz konusu hükmün işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kabul edilerek geçersiz sayılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.438.

⁴⁹⁴ Süzek, s.753; Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.152; Alpagut, **Değerlendirme 2001**, s.116; Alp, s.28-29; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.891.

⁴⁹⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.892.

⁴⁹⁶ Bu yönde bir Y.HGK. kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “...Verilen eğitimin kısa ve yapılan masraf az olmasına rağmen uzun çalışma süresi öngörülmesi, açık oransızlığı gösterdiği gibi verilen eğitimin işçinin işine herhangi bir katkısı olmaması durumunda da oransızlıktan bahsedilebilecektir...”. Bu karar için bkz. Y.HGK., T.20.12.2017, E.2015/2885, K.2017/2033, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 02.03.2019.

bağlantılı ölçütler getirilmesi mümkündür. Bununla beraber kanunda bu ölçütler yer almadığından, kuşkusuz somut uyuşmazlıktaki istisnai durumlar dikkate alınarak farklı kararlar verilebilecektir. Değerlendirme yapılırken, günümüzde birçok farklı eğitim modelinin bulunması ve buna bağlı olarak farklı meslek grubundan işçilerin alacağı eğitim sonucunda farklı kazanımlar elde edebilecekleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle somut uyuşmazlığın özelliklerinin değerlendirilmesi, adaletli bir hüküm elde edilebilmesi açısından da bir zorunluluktur⁴⁹⁷.

Yargılama aşamasında, sözleşmede kararlaştırılan eğitim gideri karşılığı öngörülen bağlanma süresinin, eğitim süresi ve işverenin eğitim için yaptığı giderlere nazaran makul sınırlarda bulunmaması halinde, hâkim sözleşmeyi tamamen geçersiz saymamalıdır. Buna karşılık hâkim, kanaatimizce bağlanma süresinin makul olmaması dolayısıyla geri ödenmesi kararlaştırılan miktarı orantılı olarak makul bir sınıra indirmelidir⁴⁹⁸. Bu müdahale için kanuni dayanak olarak TBK m.182/3'de hâkime tanınan takdiri indirim yetkisine ilişkin düzenleme kıyasen uygulanabilecektir. Böylelikle sözleşme, taraf menfaatleri gözetilerek ayakta tutulmuş olacaktır.

D. Geri Ödenmesi Kararlaştırılan Miktar

1. Geri Ödenmesi Kararlaştırılan Miktar ve Sınırları

İş sözleşmesinde, işveren tarafından işçinin mesleki eğitim için yapılan giderlere karşılık geri ödeme klotu kararlaştırılması halinde, ekonomik olarak daha iyi konumda bulunan işverenin, yaptığı giderden yüksek bir miktarın geri ödenmesini işçiye kabul ettirme olasılığı vardır. Dolayısıyla doktrinde, geri ödeme klotunun

⁴⁹⁷ Bu kapsamda, orta büyüklükte bir işyerinde, bir aylık eğitim sonucu işçinin işindeki niteliklerinin oldukça artması nedeniyle çalışma pazarında işyerinin ekonomik durumunun da yükselmesi dikkate alınarak, bir yıldan daha uzun bağlanma süresi öngörülmesi mümkün olacaktır. Bu yönde bkz. Dorth, s.295. BAG kararlarında da kısa süreli mesleki eğitim giderlerinin işveren tarafından karşılanmasına rağmen, somut olay dikkate alınarak uzun bağlanma süresi belirlenen hallerde, eğitimin işverenin ekonomik durumuna etkisi ile işçinin eğitim sonucu kazandığı nitelik de değerlendirilir. Tam tersi, yani uzun bir eğitim süresine rağmen, kazanımların az olduğu hallerde de kısa süreli bağlanma süresi getirilmesi isabetli kabul edilmektedir. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 14.01.2009, 3 AZR 900/07, NZA 2009, s.666-668.

⁴⁹⁸ Alman Hukuku'nda bu yönde bkz. Hoß, s.1119. Türk Hukuku'nda da herhangi bir kanuni dayanak gösterilmeksizin bu yönde bir görüş ileri sürülmektedir. Bu görüş için bkz. Karagöz, s.230.

geçerliliği için miktar bakımından birtakım sınırlamalar kabul edilmektedir. Buna göre, işçinin eğitimi için yapılan giderler ile geri ödemesi kararlaştırılan miktar arasında hakkaniyete uygun bir oran bulunması gerekmektedir⁴⁹⁹. Nitekim işçinin de kabulüyle sözleşmede belirli bir miktar belirlenmiş olsa bile, işverenin fiilen yaptığı giderler dikkate alınacaktır. Geri ödeme klozu kararlaştırılmasındaki amaç, sadece eğitim giderlerinin geri ödenmesidir⁵⁰⁰.

İşverenin, işçinin mesleki eğitimi ve gelişimi için yaptığı giderleri geri talep etmesi halinde, işçinin miktar bakımından geri ödeme yükümlülüğü iki halde sınırlandırılmıştır. Bu konuda kabul edilen ilk sınırlandırma, tarafların belirli bir miktarı sözleşmede üst sınır olarak belirlemeleri halidir. Eğer geri ödeme klozu içeren sözleşmede bir üst sınır belirlenmişse, işveren fiilen daha fazla harcama yapmış olsa bile işçi, ancak kararlaştırılan miktarla sınırlı olarak sorumlu tutulabilecektir. Böyle bir üst sınırın kararlaştırılmaması olasılığında ise devreye başka bir sınırlandırma girmektedir. Buna göre işveren, en fazla fiilen yaptığı gideri işçiden talep edebilecektir. Aksi halde, işçinin sadece eğitim gideri karşılığı geri ödeme yükümlülüğü olduğundan bahsedilmeyecek, aynı zamanda fiili harcamayı aşan kısım bakımından geçersiz bir cezaî şart kararlaştırıldığı ifade edilecektir⁵⁰¹. Nitekim cezaî şartın geçersiz olduğunun ileri sürülmesinde dayanan gerekçe, TBK m.420’de düzenlenen tek taraflı işçi aleyhine cezaî şart kararlaştırılamayacağı ilkesidir. Hal böyleyken eğitim karşılığı fiilen yapılan harcamaların geri talep edilmesi, bu ilkeye aykırı düzenlenmemiş bile olsa, fiili harcamaları aşan miktar eğitim gideri değil, cezaî şart sayılacaktır⁵⁰². Tüm bu nedenlerle, işçinin geri ödemekle yükümlü tutulduğu miktarın, işverenin fiilen yaptığı harcama ile örtüşmesi gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla işveren tarafından, işçinin eğitimi için yapılan fiili harcamalar, sözleşmede

⁴⁹⁹ Dorth, s.296; Soyer, **Cezai Şart**, s.376; Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.67; Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.154; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.41.

⁵⁰⁰ Soyer, **Cezai Şart**, s.376; Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.67; Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.148-149; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.41; Ozan, s.152; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.890. Yargıtay, “...özellikle davacıya mahsus yapılan masraflar değerlendirilerek, eğitim giderinin belirlenmesi...” gerektiğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Y.9.HD., T.10.12.2014, E.2013/5494, K.2014/37973, (Çevirmiş) www.legalbank.net, 26.02.2019.

⁵⁰¹ Dorth, s.296; Soyer, **Cezai Şart**, s.376; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.41; Ozan, s.152.

⁵⁰² Bu yönde bkz. Y.9.HD., T.25.09.2007, E.2007/20016, K.2007/28104, Sicil, Mart 2010, s.111 vd.; ayrıca bkz. Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.41. Bu kararı inceleyen karşı. Demir, Demir, s.119.

kararlaştırılan geri ödeme yükümlülüğünden az ise işçinin geri ödeme yükümlülüğünün fiilen yapılan gider ile sınırlı olacağı savunulmaktadır⁵⁰³. Kaldı ki bu sınırlama, mesleki eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozunun, cezaî şarttan farklı bir kavram olduğu savının en önemli dayanak noktasıdır⁵⁰⁴.

İşçinin eğitimi için işverenin yaptığı giderlerin, geri ödeme yükümlülüğüne üst sınır oluşturması sonucunda, işverenin yaptığı gider kalemlerinin belirlenmesi önem kazanmaktadır⁵⁰⁵. Bu kapsamda ise öncelikle kurs, eğitmen ücreti veya yüksek eğitim ücreti gibi doğrudan eğitim için yapılan giderler sayılmaktadır. Bunun yanı sıra, işçinin eğitim malzemesi, seyahat, beslenme ve konaklama harcamaları da işverenin gider kalemleri arasında yer almaktadır⁵⁰⁶. İşverenin fiilen yaptığı giderler tespit edilirken, kuşkusuz eğitimin gerçek anlamda işçiye katkısı olup olmadığı, asıl borcun ifası için gerekli bir eğitim olup olmadığı, kaç işçiye eğitim verildiği gibi ölçütlerin de dikkate alınması gerekmektedir⁵⁰⁷.

İşverenin, işçinin eğitimi için yaptığı giderleri geri talep edebilmesine yönelik klozun geçerliliğinin tespitinde, işçinin ekonomik durumunun ve özellikle ücretinin dikkate alınıp alınmayacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre geri talep edilen miktar yüksek belirlenerek, işçinin ekonomik durumu nedeniyle işyerine fiilen bağlanma tehlikesi ortaya çıkıyor ise kloz geçersiz kabul edilmelidir⁵⁰⁸. Fakat aksi görüşe göre, işçinin ücretinin miktarı düşük olmasına rağmen, mesleki eğitim sonucu sahip olduğu nitelikler başka bir iş bulma şansını artırıyorsa ve bunun sonucunda işten ayrılmasına yol açabilecekse, işverenin yatırım kaybına uğraması muhtemeldir. Dolayısıyla işçinin eğitim sayesinde elde ettiğİ kazanımlar ile çalışma pazarında yükselen konumu bakımından ücretinin yüksek olmasının herhangi bir önemi yoktur.

⁵⁰³ Dorth, s.296; Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.67; Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.154.

⁵⁰⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 3. Bölüm, II, G.

⁵⁰⁵ İşverene geniş bir karar alanı bırakılmamalıdır. Geri ödeme klozu, en azından yapılan giderlerin türü ve hesaplanması bakımından temel bilgileri içermelidir. Toplam gider miktarının hesabı bakımından her bir gider kalemi tam ve kararlaştırıldığı şekilde tarif edilmelidir. Bu yönde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 06.08.2013, 9 AZR, 442/12, NZA, 2013, s.1361. Ayrıca bkz. HWK/Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.45.

⁵⁰⁶ Soyer, **Cezai Şart**, s.376; Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.66; Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.149; aynı yazar, **Eğitim Gideri**, s.154.

⁵⁰⁷ Soyer, **Cezai Şart**, s.373-374; Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.150.

⁵⁰⁸ Lipke, s.185.

Bu nedenle işçinin ücretinin yüksekliği, sözleşme serbestisini sınırlandırmak için dikkate alınması gereken bir ölçüt olarak görülmemektedir⁵⁰⁹.

Konunun bir başka boyutunda ise eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozunun geçerli olması için sözleşmede, işçiden geri talep edilen miktarın açıkça belirlenmesinin gerekip gerekmediği konusu yer almaktadır⁵¹⁰. Söz konusu sorun bakımından akla gelen ilk hüküm, tip sözleşmede yer alan bir kloz mevcut ise hükmün açık ve anlaşılır olması kuralıdır. Şeffaflık kuralı olarak adlandırılan bu hükme göre, geri ödeme klozunun yer aldığı tip sözleşmede, muacceliyet şartları ve ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlara, haksız bir karar alanı yaratmayacak açıklıkta yer verilmelidir. Yani işçinin yükümlendirildiği miktar, birçok anlama gelmeyecek açıklıkta sözleşmeden anlaşılabilir olmalıdır. Bu kapsamda doktrinde, özellikle işveren bakımından fiili harcamaların sözleşme kurulurken tahmin edilmesinin zor olduğu hallerde, sözleşmede geri ödenecek miktar için bir üst sınır belirlenmesi tavsiye edilmektedir. Ek olarak işveren, sözleşme imzalanırken, işçiyi oluşabilecek ödeme riskleri için aydınlatma yükümlülüğünü de yerine getirmelidir⁵¹¹. Sonuç olarak işverenin, geri ödenecek miktarı sözleşmede kararlaştırmaması halinde kloz, şeffaflık kuralına aykırılık dolayısıyla geçersiz olacaktır⁵¹².

2. Geri Ödenmesi Talep Edilen Miktarın İspatı

Geri ödeme klozunun miktarı konusunda önem arz eden bir husus ise ispat yükünün kimde olduğudur. Geri ödeme klozunun miktar bakımından geçerliliği için işverenin fiilen yaptığı harcamaların dikkate alınacağından bir üst başlıkta söz etmiştik. Dolayısıyla yapılan harcamalara ilişkin bilgi ve belgeler işveren nezdinde olacağından, uyuşmazlık halinde işveren, işçinin eğitimi için yaptığı giderleri fatura

⁵⁰⁹ Dorth, s.296.

⁵¹⁰ Dorth, s.296-297.

⁵¹¹ Dorth, s.297.

⁵¹² Uygulama için “(...)Geri ödenecek miktar ... gider kalemlerinin karşılığı olmak üzere ve en fazla ...Euro ‘dur. Geri talep edilecek miktar, eğitim sona erdikten sonra somut olarak tespit edilerek, işçi ile paylaşılacaktır(...)” şeklinde bir hükme sözleşmede yer verilmesinin yararlı olacağı belirtilmektedir. Bkz. ErfK./Preis, §305-310, Rn.45; Dorth, s.297.

ve benzeri her türlü yazılı delille ispatlamalıdır⁵¹³. Şüphesiz işverenin ispat yükünü yerine getirdiği giderler, sadece o işçiye özgü olmalıdır⁵¹⁴. Bunun yanı sıra işverence sağlanan eğitim işyerinde birden fazla işçiye toplu olarak verilmişse, aynı dönemde eğitim alan işçi sayısı dikkate alınarak, işçi başına düşen miktar hesaplanmalıdır.

Yargıtay kararlarında da ispat yükünün işverende olduğuna yer verilmektedir. Örneğin toplu eğitim verilmesi halinde ispat yüküne ilişkin 2016 tarihli bir kararda, *“...işverenin toplu olarak verdiği eğitimler sebebiyle yapmış olduğu giderlerin işçi başına düşen tutarı, aynı dönemde eğitim alan işçi sayısına bölünmek suretiyle belirlenmesi gerekir. Eğitime ilişkin tüm belge ve bilgiler getirtilip sonucuna göre eğitim gideri hesaplanmalıdır...”* ifadesi ile bu konuya dikkat çekilmiştir⁵¹⁵. Bununla birlikte belirtilmelidir ki uygulamada esasen teknik bir konu olan eğitim giderlerinin hesaplanmasında bilirkişilere başvurulmaktadır. Bazı hallerde işverence, çeşitli faturalar ibraz edilmekle beraber, bu faturaların somut eğitimle ilgili olup

⁵¹³ Frank Maier, Tobias Mosig, “Unwirksame Rückzahlungsklauseln bei arbeitgeberseitiger Übernahme der Ausbildungskosten”, **NZA**, 2008, Heft 20, s.1170. Ayrıca bkz. Y.9.HD., T.10.12.2014, E.2013/5494, K.2014/37973, (Çevirmiş) www.legalbank.net, 26.02.2019.

⁵¹⁴ Y.9.HD., T.29.02.2016, E.2014/32276, K.2016/4274, Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları)**, s.1368-1369. Bu doğrultuda bkz. Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.67; Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.155-156; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.43.

⁵¹⁵ Y.9.HD., T.16.02.2016, E. 2016/2608 K. 2016/2929, Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları)**, s.1370-1371.

Yargıtay 2015 tarihli bir kararında, *“...Somut uyumsuzlukta, dosyaya davalı tarafından eğitim giderlerine ilişkin belgeler sunulmuş ise de eğitime katılanların sayısı belli değildir. Bu nedenle davalı bankadan bu eğitimlere katılanların sayısına ilişkin belgeler getirilmelidir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında; işverenin toplu olarak verdiği eğitimler sebebiyle yaptığı giderlerin işçi başına düşen tutarı, aynı dönemde eğitim alan işçi sayısına bölünmek suretiyle, davacı için yapılan eğitim gideri belirlenip, davacının çalıştığı dönemde nazara alınarak kistelyevm hesaplanması gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile sonuca gidilmesi hatalıdır....”* şeklinde isabetli ifadelerle yer vererek, işverenin gerekli belgeleri sunmasının önemine dikkat çekilmiştir. Bu karar için bkz. Y.9. HD., T. 10.11.2015, E. 2014/17210 K. 2015/31725, (Çevirmiş) www.lexpera.com.tr, 17.05.2018. Doktrinde bu uygulamayı isabetli bulan görüş için bkz. Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.43; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.893-894.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2004 tarihli daha eski bir kararında ise açıkça ispat yükünün davacıda (işverende) olduğu ifade edilmiştir: *“Dairemizin yerleşik uygulamalarına göre davacı taraf eğitim gideri olarak harcama yaptığını ispatladığı takdirde bu tür eğitim giderlerine davalı işçinin çalıştığı süre, eğitimden yararlanan sayısı dikkate alınarak ve oranlanarak davalıya düşen eğitim giderine hükmetmek gerekir. Bu durumda mahkemece davalı tarafça dosyaya ibraz edilen harcama belgeleri değerlendirilerek eğitimin gideri mahiyetinde olduğu anlaşıldığı takdirde...”*. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.10.03.2004, E.2003/14720, K.2004/4609, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s.113.

olmadığı anlaşılmamaktadır. İşte böyle bir durumda teknik bilirkişilere başvurulması ve benzer nitelikte eğitim veren kurumlardan bilgi edinilmesi tavsiye edilmektedir⁵¹⁶.

3. Geri Ödenmesi Talep Edilen Miktarda İndirim Yapılması

Türk Hukuku'nda, işveren tarafından işçiye sağlanan mesleki eğitim giderlerinin bütününe geri talep edilmesi yerine, işçinin fiilen çalıştığı ve sözleşmeye göre çalışması gereken süre arasında orantı kurularak indirim yapılması gerektiği savunulmaktadır⁵¹⁷. Özellikle Yargıtay kararlarında bu uygulama istikrar kazanmış durumdadır⁵¹⁸. İşçinin eğitimden sonra bir süre çalışmaya devam ederek, eğitim için yapılan giderlerin çalıştığı süre ile orantılı kısmını amorti ettiği gerekçe olarak sunulmaktadır⁵¹⁹. Hal böyleyken, işçinin yükümlü olduğu sürenin tamamında çalışmış olması halinde, işverenin eğitim giderini işçiden talep edemeyeceği sonucuna varılması mümkündür. Çalışılan süre ile orantılı indirim yapılması için, geri ödenmesi kararlaştırılan miktarın fahiş olmasının da gerekmediği ileri sürülmektedir. Fakat bu indirime rağmen geri ödenmesi talep edilen miktar halen fahiş görülüyor ise hâkimin, TBK m.182 uyarınca indirim yapmasına da bir engel bulunmadığı ifade

⁵¹⁶ Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.156.

⁵¹⁷ Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.67; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.893-894.

⁵¹⁸ Y.9.HD., T.01.02.2011, E. 2010/16335 K. 2011/1775, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 17.05.2018; Y.9HD., T.30.06.2012, E.2009/17402, K.2011/19618 ve bu yöndeki kararları isabetli bulan inceleme için bkz. Odaman, s.200-201. Ayrıca bkz. Y.9.HD., T.4.5.1999 T, E.1999/6271, K.1999/8515, Yasa Hukuk Dergisi, Ekim 1999, s. 1302-1303. Aksi yönde bir karar için bkz. Y.9.HD., T.24.01.2007, E.2006/16750, K.2007/749, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 26.02.2019.

⁵¹⁹ Bu görüşte bkz. Soyer, **Cezai Şart**, s.376; Süzek, s.754; Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.151; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.41-42; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.894. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y.9.HD., T.29.02.2016, E.2014/32276, K.2016/4274, Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları)**, s.1368-1369.

Ayrıca başka bir kararda, "...Gerçekten işçi, eğitimden soma çalışmayı yükümlendiği sürenin bir kısmında çalışmış ise işverene bu konuda katkı sağlamış olmaktadır, işçinin yükümlü olduğu sürenin tamamında çalışılmış olunması halinde ise, işverence eğitim giderleri istenemez..." ifadesine yer verilmek suretiyle bu hususa açıkça dikkat çekilmiştir. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.15.04.2010, E.2008/23997, K.2010/10664, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 26.02.2019.

Çalıştığı banka tarafından eğitime tâbi tutulan işçinin, aldığı eğitim karşılığında bankada 3 yıl süre ile mecburi hizmet görmeyi ve eğitim gideri karşılığını ödemeyi taahhüt ettiği bir uyuşmazlıkta Yüksek Mahkeme, "...Davacı eğitim programını başarı ile tamamlamış ancak 3 yıllık süre dolmadan haklı bir neden olmaksızın işyerinden ayrılmıştır. Bu sebeple çalıştığı süre ile orantılı olarak eğitim giderlerinden davalı sorumludur..." şeklinde karara varmıştır. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.16.02.2016, E.2016/2608, K.2016/2929, Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları)**, s.1370-1371.

edilmektedir⁵²⁰. Fakat bu kabul ile cezaî şartın borçluyu ifaya zorlayan baskı işlevinin geri plana düştüğü, buna karşılık tazminat işlevinin ağırlık kazandığı yönünde kanaatimizce de haklı bir eleştiri getirilmektedir⁵²¹.

Türk Hukuku ile benzer şekilde Alman Hukuku'nda da işveren tarafından giderleri karşılanan eğitimden sonra, işçinin kararlaştırılan süreden daha kısa süre çalışması halinde, giderlerin tamamının talep edilmesi işçi aleyhine hakkaniyete aykırı bir düzenleme olarak kabul edilmektedir (*BGB m.307*). Dolayısıyla eğitim giderinin, işçinin eğitimden sonra çalıştığı süreye oranlanarak geri talep edilmesi yoluyla, sözleşme serbestisinin sınırlandırılması gerektiği savunulmaktadır⁵²². Bunun sonucu olarak işçi, işyerinde ne kadar uzun süre çalışarak bağlılığını gösterir ve işveren de buna bağlı olarak yaptığı harcamaları amorti ederse, işçinin iş sözleşmesini sona erdirmesi halinde ödemesi gereken miktar da o kadar indirilmelidir. Tüm bu sebeplerle sözleşmede, işveren tarafından geri talep edilen miktarın çalıştığı süreye oranla indirilmesi yönünde bir düzenleme (*pro rata temporis*) yapılması doktrinde tavsiye edilmektedir. Örneğin üç yıllık bağlanma süresi belirlenen bir sözleşmede, geri ödenmesi talep edilen miktarın her ay için 1/36 oranında indirilmesi şeklinde hüküm öngörülebilecektir⁵²³. Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında, işyerinde çalışmaya devam edilen “*her yıl*” bazında, zamana bağlı olarak orantılanılan bir yükümlülük öngörülmesi gerektiği yer almaktadır⁵²⁴. Bu yöndeki kararlarda yer aldığı üzere, ilk yıl tüm giderlerin, ikinci yıl 2/3'nün ve üçüncü yıl 1/3'nün geri ödenmesinin talep edildiği şeklindeki klotlar doktrinde de isabetli bulunmaktadır⁵²⁵.

⁵²⁰ Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.67; Süzek, s.754; Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.151; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.41-42; Ozan, s.144.

⁵²¹ Bu eleştiri için bkz. Alpagut, s.200.

⁵²² Schaub/Vogelsang, *ArbR-Hdb.*, §176, Rn.28; Dorth, s.297.

⁵²³ Dorth, s.297. Uygulama için örneğin üç yıllık bağlanma süresi kararlaştırılan bir geri ödeme klotunda “(...) geri ödenmesi gereken miktar, eğitimin sona ermesinden sonra işyerinde çalışılan her bir tam ay için yukarıda belirtilen toplam miktarın 1/36'sı oranında azaltılarak hesaplanacaktır (...).” şeklinde bir hükme yer verilmesi tavsiye edilmektedir. Bu örnek için bkz. Dorth, s.297.

⁵²⁴ BAG, Urteil vom 23.04.1986, NZA, 1986, s.741. Ayrıca bir değerlendirme için bkz. ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.443.

⁵²⁵ Schaub/Vogelsang, *ArbR-Hdb.*, §176, Rn.28.

E. Geri Ödeme Klozu Kararlaştırma Zamanı

Mesleki eğitimi karşılığı yapılan giderlerin geri talep edilmesine yönelik yükümlülük ancak işçinin, serbest iradesi ile kabul etmesi halinde geçerli olacaktır. Bu noktada eğitim giderlerinin geri talep edilmesine yönelik klozun, hangi zaman aralığında geçerli bir şekilde kararlaştırılabileceği konusu önem arz etmektedir.

Yargıtay'ın 2016 tarihli bir kararında “...*Taahhüdün eğitimin verilmesinden önce veya sonra olmasının sonuca etkisi bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle mahkemece eğitim gideri talebinin kabulüne...*” şeklindeki ifadesinden de açıkça anlaşılacağı üzere, geri ödeme klozunun eğitimden önce veya sonra kararlaştırılmış olmasına Yargıtay tarafından herhangi bir önem atfedilmemektedir⁵²⁶.

Alman Hukuku'nda ise konu tartışmalıdır. Bir görüş tarafından işçinin, eğitim sırasında işverenin baskısı altında kalabileceği düşünülerek yorum yapılmaktadır. Bu görüşe göre işçi, kendisi için yapılan giderlerin baskısını hissetmeden böyle bir yükümlülüğün hukuki sonuçlarını, yanılğıya düşmeden en açık şekilde eğitim başlamadan önce idrak edebilecektir⁵²⁷. Dolayısıyla “*eğitim başlamadan önce*” sözleşmenin yapılması en uygun zaman dilimi olarak kabul edilmektedir⁵²⁸. Bununla beraber bir başka görüşe göre ise sözleşme serbestisi uyarınca, eğitimden sonra geri ödeme klozu kararlaştırılması istisnaen de olsa mümkün kabul edilebilecektir. Zira Alman Federal İş Mahkemesi'nin eski tarihli kararlarında, her ne kadar işçinin eğitim öncesi bu yükümlülük altına girmiş olmasının geçerli olabileceği ifade edilmişse de⁵²⁹, daha yeni tarihli kararlarda, klozun geçerliliğinin eğitimden önce yapılmasına bağlı olup olmadığı konusunda açık ve kesin ifadelerle yer verilmemiştir⁵³⁰. Dolayısıyla işçinin, ödeme baskısı altında kalmadan, geri ödeme yükümlülüğünün hukuki sonuçları ve karşılaşılabileceği riskler hakkında düşünebileceği, hatta aldığı eğitime devam edip etmeme konusunda karar verme imkânının da bulunduğu makul bir

⁵²⁶ Y.9.HD., T.29.02.2016, E.2014/32276, K.2016/4274, Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları)**, s.1368-1369.

⁵²⁷ Lakies, s.1905.

⁵²⁸ Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.24; Lakies, s.1905; Dorth, s.300.

⁵²⁹ Bu yönde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 19.03.1980, 5 AZR 362/78, DB 1980, s.1703.

⁵³⁰ Bu yönde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 15.09.2009, 3 AZR 173/08, NZA 2010, s.342.

düşünme süresi verilmiş olması halinde, eğitim başladıktan sonra yapılan taahhüt de geçerli sayılabilmelidir⁵³¹.

F. Geri Ödeme Yükümlülüğü Kararlaştırılmasının Geçerlilik Şartları

Geçerli bir geri ödeme yükümlülüğü kararlaştırılabilmesi için, işverenin haklı menfaatinin ve işçinin mesleki açıdan elde ettiği kazanımların dikkate alınması temel hareket noktasıdır. Türk Hukuku bakımından da Yargıtay'ın verdiği kararlar yoluyla bu iki ölçüt esas alınmaktadır⁵³². Doktrinde de geri ödeme yükümlülüğünün geçerliliği konusu ele alınırken, Alman Hukuku ile benzer ölçütlerden hareket edilmektedir⁵³³. Geri ödeme yükümlülüğünün geçerliliği konusunda dikkate alınacak önemli bir diğer husus ise kuşkusuz genel işlem koşulları düzenlemesidir.

Geri ödeme klozları hakkında kanuni düzenleme eksikliğinin yanı sıra, yargı kararlarındaki ölçütler de yıllardır birlik gösterememiştir. Bu durum ise işverenin, işçinin eğitimi için önemli miktarda harcama yapmasına karşılık, sözleşmede yer alan klozun geçersizliği riskini doğurmaktadır. Bu da hukuk güvenliğini zedelemektedir⁵³⁴. Dolayısıyla işverenin, söz konusu riski en aza indirgeyebilmesi için, geri ödeme klozunu yargı kararlarında yer alan ölçütleri dikkate alarak, yeterli açıklıkta ve belirsizliğe yol açmayacak şekilde düzenlemesi tavsiye edilmektedir⁵³⁵.

⁵³¹ Lakies, s.1905; Dorth, s.300. Tip iş sözleşmelerinde yer verilen mesleki eğitim karşılığı işveren tarafından yapılan giderlerin geri ödenmesine yönelik kloz için ise BGB m.307/1'in ikinci cümlesinde yer alan şeffaflık kuralının dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır. Bu halde, işçi tarafından böyle bir yükümlülük altına girmenin hukuki sonuçlarının, en iyi mesleki eğitim başlamadan önce açık ve yanılığa düşmeden idrak edilebileceği kabul edilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.24.

⁵³²Bu yönde bkz. Y.22.HD., T.23.02.2015, E.2014/27312, K.2015/6860, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 02.03.2019; Y.9.HD., T.17.03.2011, E.2009/7498, K.2011/7393, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 02.03.2019.

⁵³³ Soyer, **Cezai Şart**, s.373-374.

⁵³⁴ Dorth, s.300.

⁵³⁵ Blomeyer, Buchner, s.81. Bu konuda bir yargı kararı için bkz. LAG Hamm, Urteil vom 16.06.1967, DB, 1967, s.1268. İşçinin, mesleki eğitim sonucu çalışma hayatında bir avantaj sağladığının ispat yükü işveren üzerindedir. Bkz. Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.23. BAG'ın bir kararında, işverenin ispat yükünü bir nebze olsun hafiflettiği görülmektedir. Buna göre eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozu imzalandığı anda işçinin mesleki bir menfaat sağlaması yüksek ihtimalle öngörülebilir ise ve

1. Şekil

Geri ödeme yükümlülüğüne ilişkin kanuni düzenleme olmadığından, bu yükümlülük iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır. Geri ödeme yükümlülüğü işverenin icapta bulunduğu, işçinin ise kabul ettiği bir sözleşme ilişkisinin varlığına ihtiyaç duymaktadır. Buna bağlı olarak geri ödeme yükümlülüğü, sözleşme yoluyla kararlaştırıldığından, sözleşmelere ilişkin genel hükümlere tâbidir. Dolayısıyla geri ödeme yükümlülüğü kararlaştırılan sözleşme bakımından, kural olarak şekil serbestisi geçerlidir.

Bu sözleşme yazılı olarak yapılabileceği gibi, işverenin geri ödeme talep edeceğine ilişkin davranışından da anlaşılabilecektir. Fakat muacceliyet şartlarının ve muacceliyet anının açık ve anlaşılır olması gerekliliği dolayısıyla, yazılı yapılması ispat kolaylığı sağlayacaktır⁵³⁶. Nitekim Yargıtay da yurtdışındaki eğitim giderlerinin talep edildiği bir uyuşmazlıkta, önceden alınmış bir taahhüt veya taraflar arasında imzalanmış yazılı bir sözleşmenin varlığını aramıştır⁵³⁷.

2. Geri Ödeme Yükümlülüğünün İçeriği

Geri ödeme yükümlülüğünün içeriği, sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca taraflarca serbestçe belirlenebilecektir. Kuşkusuz kanunun emredici hükümleri ile toplu iş sözleşmelerinde yer alan sınırlamalar dikkate alınmalıdır⁵³⁸. Geri ödeme kararlaştırılan sözleşmede, muhtemel harcamaların miktar ve kaynağı yeterli derecede somutlaştırılmalıdır⁵³⁹. Özellikle işçinin bu sözleşme ile bağlanacağı süre, metinden açıkça anlaşılmalıdır. Aksi halde geri ödeme yükümlülüğü içeren sözleşme, işçi bakımından belirsiz bir süre ile yükümlülük getirilmesi veya katlanılamayacak uzunlukta süre öngörülmesi nedeniyle, işçinin fesih özgürlüğünün ölçüsüz olarak sınırlandırılması sonucu geçersiz sayılabilecektir.

işveren bunu ortaya koyarsa ispat yükünü yerine getirmiş sayılmaktadır. Bu yöndeki karar için bkz. BAG, Urteil vom 30.11.1994, NZA, 1995, s.727. Ayrıca işverenin, geri ödeme klozu bakımından ispat yükü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.447.

⁵³⁶ Lakies, s.1905; Blomeyer, Buchner, s.8.

⁵³⁷ Y.9.HD., T.19.01.2000, E.1999/18161, K.2000/210, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 18.03.2018.

⁵³⁸ Blomeyer, Buchner, s.11.

⁵³⁹ BAG, Urteil vom 21.08.2012, 3 AZR, 698/10, NZA, 2012, s.1428.

İşçinin mesleki eğitim ve gelişimi için yapılan harcamaların bozucu veya geciktirici şarta bağlı olarak geri ödenmesinin kararlaştırılması mümkündür. Bu kapsamda, işçinin sözleşmede belirlenen süreden önce iş ilişkisini sona erdirmemesi halinde eğitim giderinin karşılanacağı veya sözleşmeyi belirlenen süreden önce feshetmesi halinde işçinin eğitim giderlerini geri ödemekle yükümlü olacağı şeklinde ifadelere yer verildiği görülmektedir⁵⁴⁰. Sözleşmede öngörülen şartın gerçekleşmesi ile beraber geri ödeme yükümlülüğü de muaccel olmaktadır. Geri ödeme yükümlülüğünün bozucu ya da geciktirici şarta bağlı olarak kararlaştırılması halinde, şart kavramına ilişkin genel kuralların uygulanması dışında farklı bir hukuki sonuç doğmamaktadır⁵⁴¹.

3. İşverenin İşçiyi Belirli Bir Süre İşyerinde Çalıştırmayı Taahhüt Etmesi

Geri ödeme klozu kararlaştırılması halinde işverenin, eğitim sonunda işçiyi işyerinde çalıştırmaya devam edeceğine dair bir yükümlülük altına girmesi gerekmektedir. Aksi halde bu klov, işçi aleyhine hakkaniyete aykırı sonuç doğurabileceğinden geçersizlik yaptırımı ile karşı karşıya kalabilecektir⁵⁴². Zira böyle bir işveren yükümlülüğü öngörülmez ise eğitim gören işçi, işyerinde çalışmaya devam ederek işverence karşılanan harcamaları geri ödeme yükümlülüğünden kurtulma olanağına sahip olamayacaktır. Dolayısıyla işverenin, eğitim tamamlandıktan sonra işçiyi işyerinde çalıştırmaya devam etmesi bir geçerlilik şartı sayılmaktadır⁵⁴³. Bunun yanı sıra işçinin eğitim tamamlandıktan sonra işyerinde hangi çalışma şartlarına sahip olacağı konusunda belirsizlik içinde bırakılmaması gerekir. Her ne kadar eğitimin

⁵⁴⁰ Blomeyer, Buchner, s.-7.

⁵⁴¹ Blomeyer, Buchner, s.6-7; Dorth, s.288; Meier, Schulz, s.743. Bozucu ve geciktirici şart kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Von Tuhr (Çev. Edege), s.758-762; Oğuzman, Öz, s.509; Tunçomağ, TBK, s.996; Tekinay vd., s.330; Eren, s.1199-1200; Nomer, Rn.224 vd.; Lale Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı-Hukuk Fakültesi, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1992, s.53 vd.. Almanya'da ileri sürülen bir görüşe göre, Borçlar Hukuku çerçevesinde işçinin mesleki eğitimi için işveren tarafından yapılan harcamalar ile işçinin geri ödeme yükümlülüğü karşılıklı borç doğuran ilişki oluşturmamaktadır. Zira işverenin yerine getirdiği edimin karşılığı, işçi bakımından iş görme borcudur. Geri ödeme yükümlülüğü ise sadece İş Hukuku bağlamında anlam ifade etmektedir. Bu görüş için bkz. Blomeyer, Buchner, s.7.

⁵⁴² Dorth, s.299; Maier, Mosig, s.1169.

⁵⁴³ Dorth, s.299.

başlangıcında tespiti zor olsa da sözleşmede asgari içerik olarak işe başlama zamanı, görülecek işin türü ve başlangıç ücretine yer verilmesi isabetli olacaktır⁵⁴⁴.

4. İşverenin Eğitim Verme Yükümlülüğünün Olmaması

İşverenin, işçinin eğitimi için yaptığı harcamaları geri talep edebilmesi için bu eğitimin verilmesi bakımından herhangi bir yükümlülüğünün olup olmadığı tespit edilmelidir⁵⁴⁵. Zira kanun veya toplu iş sözleşmesi ile işverenin, işçinin eğitimi konusunda yükümlendirilmiş olması halinde, yaptığı harcamaları işçiden talep etmesine yönelik kloz, kanuna veya toplu iş sözleşmesine aykırı olacağından geçersizdir. Gerçekten de mevzuatta öngörülen eğitim, işçiye yeni nitelikler kazandırır dahi işveren, kanunen bu eğitimi vermekle yükümlü tutulduğundan işçiden yaptığı harcamaları geri talep edemeyecektir⁵⁴⁶.

Örneğin 2016 tarihli bir Yargıtay kararında, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında verilmesi gereken eğitime ait giderlerin isabetli olarak geri ödeme klozu konusu yapılamayacağı sonucuna varılmıştır⁵⁴⁷. Kararda gerekçesi belirtilmemekle beraber, muhtemelen iş sağlığı ve güvenliğine yönelik eğitimleri düzenleyen 6331 sayılı Kanun m.17'ye dayanılmıştır (*kararda ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun mülga 78.maddesi ve devamı maddelerine atıf yapılmıştır*). Bu madde, işverenin kanuni yükümlülüğü olarak düzenlendiğinden, bu kapsamda verilen eğitimin giderleri işçiye yüklenemeyecektir. Nitekim İSGK m.17/7'de, bu madde kapsamında verilecek eğitimin maliyetinin çalışanlara yansıtılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla işverenin, sadece herhangi bir yükümlülüğü olmamasına rağmen, serbest iradesi ile yaptığı giderleri geri ödeme klozu yoluyla talep etmesi mümkün kabul edilmektedir⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ Maier, Mosig, s.1169.

⁵⁴⁵ Yine BBiG m.12 uyarınca, çırak veya mesleki eğitim görenlerin bu eğitim bittikten sonra eğitim giderleri dolayısıyla mesleklerini icra etmelerini sınırlandıran geri ödeme klozları geçerli kabul edilmemektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dorth, s.289.

⁵⁴⁶ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.892.

⁵⁴⁷ Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.29.02.2016, E.2014/32276, K.2016/4274, Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları)**, s.1368-1369. Ayrıca bkz. Y.9.HD., T.06.10.2008, E.2007/27539; K.2008/25447, Sicil, Haziran 2009, s.150-151.

⁵⁴⁸ Blomeyer, Buchner, s.74; ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.439; Dorth, s.289. Ayrıca bkz.Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.154; Kılık, Demir, s.35.

Yine 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu m.36 gereği, çırakların mesleki eğitimlerine ilişkin yapılan giderler de geri ödeme klozuna konu olamayacaktır⁵⁴⁹.

Bu konuda önem arz eden başka bir husus ise işçinin bir kursa katılmasının iş sözleşmesi yoluyla yükümlendirilmiş olması hali gösterilmektedir. İş sözleşmesinde böyle bir hüküm varsa, geri ödeme klozu kararlaştırmak kural olarak mümkün kabul edilmemektedir. Nitekim işçinin iş görme borcu içerik olarak, işçinin söz konusu kursu görmesi halinde ifa edilmiş olacağı şeklinde yapılandırılmıştır. Özellikle işverenin yeni iş tekniklerini bilen çalışana ihtiyacı olduğu hallerde işçi, iş sözleşmesinde yer alan şartlarla bu eğitimi alma konusunda önceden yükümlendirilmiş olabilmektedir⁵⁵⁰. Buna karşılık işçinin iş görme edimini yerine getirmesi için iş sözleşmesinden doğan bir eğitim alma veya kursa katılma yükümlülüğü olmamasına rağmen, işverenin belirli bir konuda bilgi sahibi olan işçi çalıştırmak ya da işçinin elde edeceği deneyimlerden yararlanmak amacıyla işçinin eğitimini karşılaması mümkündür. İşte bu son halde işçiye sağlanan eğitimin giderlerine yönelik geri ödeme klozu kararlaştırılabilecektir⁵⁵¹.

G. Geri Ödeme Yükümlülüğü İle Cezaî Şart İlişkisi

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde⁵⁵² Yargıtay'ın yerleşik kararlarında yer alan işçi aleyhine tek taraflı cezaî şartın geçersiz olduğu kuralı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.420'de kanuni bir düzenleme haline getirilmiştir. Buna karşılık daha önceki bölümlerde ayrıntılı olarak incelendiği üzere doktrinde, belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi halinde, taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunması amacıyla, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılmasının geçerli olduğu savunulmaktadır⁵⁵³. Bunun yanı sıra doktrinde ve Yargıtay kararlarında, eğitim gideri karşılığı yapılan giderlerin işçiden geri alınmasına yönelik

⁵⁴⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 3. Bölüm, II, B, 2.

⁵⁵⁰ Blomeyer, Buchner, s.75-76.

⁵⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.25; Blomeyer, Buchner, s.75-76.

⁵⁵² Bu konudaki Y.HGK. kararları için bkz. Y.HGK., T.20.12.2017, E.2015/2885, K.2017/2033, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 02.03.2019; Y.HGK., T.04.03.2009, E.2009/9-57, K.2009/110, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 02.03.2019.

⁵⁵³ Bkz. 2. Bölüm, I, D, 2, c.

olarak kararlaştırılan sözleşme hükmünün, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağının bir diğer istisnası olarak kabul edildiği de görülmektedir⁵⁵⁴. Fakat sözleşmede yer alan bu hükmün hukuki niteliği konusunda, hem yargı kararlarında hem de doktrinde bir belirsizlik olduğu da açıktır. Bu başlık altında geri ödeme klozunun cezaî şart olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusu farklı yöndeki görüşler incelenmek suretiyle ele alınacaktır. Ayrıca klozun, cezaî şart olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusuna verilecek cevaba bağlı olarak, sözleşmede ayrıca bir cezaî şart kararlaştırılmasının geçerliliği üzerinde durulacaktır.

İş sözleşmesinde yer alan geri ödeme klozları, kimi zaman cezaî şart kimi zaman ise geri ödeme yükümlülüğü ifadesine yer verilerek formüle edilmektedir. Bir uyuşmazlık çıkması halinde ise eğitim gideri talebi ile cezaî şart talebi farklı hukuki kavramlar olarak ele alınmaktadır. Dolayısıyla somut uyuşmazlıktaki hükmün geçerliliği, mahkeme tarafından hangi kavram olarak nitelendirildiğine bağlı olarak tespit edilmektedir. Buna karşılık aşağıda ele alınacağı üzere, Türk ve Alman Hukuku doktrininde, eğitim gideri ödeme yükümlülüğü ile cezaî şartı aynı kavram olarak değerlendirenler de vardır.

Geri ödeme yükümlülüğü ile cezaî şart kavramının ilişkisi konusunda bir görüş, eğitim giderinin karşılığı olarak, işçinin belirli bir süre işyerinde çalışmasında işverenin haklı menfaati bulunduğu ve cezaî şartın da bu menfaati gerçekleştirmeye yönelik kararlaştırıldığına dikkat çekmektedir. İşverenin haklı menfaatine dayanan bu görüş uyarınca, geri ödeme yükümlülüğünün “*cezaî şart*” olarak geçerli kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁵⁵.

Aynı sonuca varan bir başka yazara göre ise her iki kavramın da asıl amacı işçinin, sözleşmede kararlaştırılan süreden önce fesih yoluna gitmesini önleyerek iş görme borcunu ifa etmesini sağlamaktır. Buna karşılık eğitim giderinin işverene geri

⁵⁵⁴ Y.HGK., T.18.06.2008, E.2008/9-430, K.2008/438, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 02.03.2019.

⁵⁵⁵ Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.66. Yazar, Yargıtay’ın geçmiş dönemde verdiği bir kararını değerlendirirken, eğitim giderinin geri alınmasına yönelik kayıt için karma niteliği haiz olduğu ifadesini kullanmasını ve cezaî şart olarak nitelendirmekten kaçınmasını eleştirmektedir. Yazara göre, süresinden önce fesih halinde eğitim giderinin geri alınacağına yönelik kayıt, hukuki niteliği itibarıyla bir cezaî şarttır. Bahsi geçen karar ve değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Y.9.HD., T.04.05.1999, E.1998/6271, K.1998/8515, Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.65-66.

ödenmesi, ikincil amaç olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla kavramların esas amacından yola çıkıldığında, eğitim gideri karşılığı geri ödeme yükümlülüğünün cezaî şart olarak kabul edilmesinde bir sakınca olmayacaktır. Kaldı ki her iki kavramdan birini kabul etmenin, pratik bakımdan bir farkı olmadığına da dikkat çekilmektedir⁵⁵⁶.

Doktrinde yukarıda ileri sürülen gerekçelere dayanılarak, klozun geri ödeme yükümlülüğü olarak belirlenmesi halinde geçerli olduğuna; buna karşılık cezaî şart olarak kabul edildiğinde işçi aleyhine tek taraflı olduğu gerekçesine dayanılarak geçersiz sayılmasına ilişkin Yargıtay kararları⁵⁵⁷ eleştirilmektedir⁵⁵⁸. Zira burada işveren tarafından fiilen karşılanan eğitim gideri, sözleşmenin süresinden önce işçi tarafından haksız feshedilmesi durumunda talep edilebilecektir. Dolayısıyla işçiden geri talep edilen eğitim gideri, karşılıksız şekilde kararlaştırılmış bir cezaî şart olarak görülemez. Bu nedenle bu klozun, geçerli bir cezaî şart olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu görüş uyarınca, eğitim giderinin geri ödenmesine yönelik kloz, sözleşmede cezaî şart olarak adlandırılmamış olsa bile, bu tür tazminatların da cezaî şart olarak değerlendirilmesinin uygun olacağı ve aşırı miktarda olmaları halinde indirime tâbi tutulabilecekleri savunulmaktadır⁵⁵⁹.

Geri ödeme klozu yoluyla, işçinin bir davranışta bulunmaması, yani fesih hakkını kullanmaması bir baskı aracı olarak kararlaştırılmaktadır. Böylece işveren,

⁵⁵⁶ Karagöz, s.219.

⁵⁵⁷ Bu yönde Yargıtay kararları için bkz. Y.9.HD.,T.29.03.2000, E.1997/507, K.2000/4100, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2000, s.33-34; Y.9.HD., T.04.05.1999, E.1998/6271, K.1998/8515, Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.64 vd..

⁵⁵⁸ Soyer, **Cezaî Şart**, s.368-369; Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.94; Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.65-66; Karagöz, s.219-220;

⁵⁵⁹ Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.94; Alpagut, **Değerlendirme 2001**, s.118-119. Alpagut, Yargıtay'ın 2001 tarihli bir kararında sözleşme metninde açıkça "*işçiye verilen yüksek maliyetli eğitimin karşılığı*" olarak ifade edilse de eğitim gideri karşılığını ayrıca ve açıkça doğrudan eğitim gideri olarak kararlaştırılmasına bağlayan ve bu nedenle dava yolu ile talep edilen miktarı eğitim gideri saymayıp, cezaî şart olarak kabul etmek suretiyle, tek taraflı olduğu gerekçesiyle geçersiz kabul eden değerlendirmeyi isabetsiz bulmaktadır. Yazara göre, eğitim gideri karşılığı talep edilen miktarın tahsiline ilişkin hüküm bir cezaî şart niteliğini haizdir ve hâkimin, hukuki sebebi kendiliğinden araştırma yönündeki usul hukuku ilkesi çerçevesinde hareket edilmelidir. Tek sınır ise eğitimin gerçekten yapıp yapılmadığı ile yapılmış ise miktarının belirlenmesi ve yüksek ise bunun indirilmesi olmalıdır. Bu kararda Yargıtay'ın, eğitim gideri ile cezaî şart kavramlarını sözleşmede ayrı ayrı talep konusu olabilecek kalemler olarak ele aldığı anlaşılmaktadır. Eğitim gideri talep edilmek isteniyorsa, Yüksek Mahkeme'ye göre bunun cezaî şart değil, eğitim gideri olarak talep edilmesi ve sadece fiilen harcama yapılan ve ispatlanan miktarın talep konusu olabileceği sonucuna varmaktadır. Bkz. Y.9.HD., T.29.11.2001, 14517/18743, Yasa Hukuk Dergisi, C.21, S.243/2, Şubat 2002, s.276 ve kararın incelemesi için ayrıca bkz. Alpagut, **Değerlendirme 2001**, s.118-119.

işçinin eğitimi için yaptığı giderlerin, kendisi dışında başka bir işverene menfaat sağlamaması için çabalamaktadır. Geri ödeme klozu, taraf iradesine dayanan “cezalandırma” karakterine de sahiptir. Zira işçi, ekonomik kayıp yaşama baskısı altında fesihden kaçınmaktadır. Dolayısıyla işçinin fesih hakkı sınırlandırılmaktadır. Buradan yola çıkıldığında adeta İş Hukuku’na özgü bir cezaî şart kavramı yaratıldığına ve bu kavramın, Borçlar Hukuku’nda kabul edilen temel esaslardan ayrıldığına dikkat çekilmektedir⁵⁶⁰.

Geri ödeme klozlarını, iş sözleşmesinde yer alan cezaî şarttan farklı bir kurum olarak ele alan yazarlar ise bu görüşlerini gerekçelendirmek için geri ödeme klozunun miktar bakımından üst sınırı olduğuna dayanmaktadır. Buna göre geri ödeme klozları, azami olarak işverenin işçinin eğitimi için fiilen yaptığı giderler kadar kararlaştırılabilmektedir. İşverenin yaptığı giderlerden daha yüksek miktarda geri ödeme klozu belirlenmesi, aşkın kısmın cezaî şart olarak ele alınmasını gerektirmektedir. Hatta geri ödeme klozu bakımından ikinci bir miktar sınırlamasının ise tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları miktar kadar olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle eğitim gideri, sözleşmede belirlenen miktarı aşsa bile, aşkın miktar eğitim gideri olarak talep edilemeyecektir⁵⁶¹.

Eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozunun, cezaî şarttan farklı bir kavram olduğuna dair ileri sürülen ikinci bir gerekçe ise cezaî şart talep edilebilmesi için alacaklının zarara uğradığının veya zararın miktarının ispatlanmasının aranmamasıdır. Buna karşılık geri ödeme klozu bakımından ortaya çıkan bir uyumsuzluk halinde, işveren tarafından fiilen yapılan eğitim giderinin ispatlanması aranmaktadır. Bunun yanı sıra geri ödeme yükümlülüğü bakımından, işveren tarafından fiilen karşılanan eğitim gideri ile sözleşmede geri ödenmesi kararlaştırılan miktar arasında hakkaniyete uygun bir denge kurulması beklenmektedir. Hatta geri ödenmesi öngörülen miktar bakımından, çalışılan süreye göre orantılama yapılması kabul edilmektedir⁵⁶².

⁵⁶⁰ Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.153; Ozan, s.152.

⁵⁶¹ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.446. Bkz. BAG, Urteil vom 16.03.1994, NZA, 1994, s.937.

⁵⁶² Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.155; aynı yazar, **Cezai Şart**, s.414; aynı yazar, **Eğitim Karşılığı**, s.29; Doğan Yenisey, **Cezai Şart**, s.44. İki kavramın bu gerekçe nedeniyle farklı olduğu ve bu nedenle eğitim gideri karşılığı cezaî şart yerine, eğitim giderinin “iadesi” veya “ödenmesi” terimlerinin daha uygun düşeceği yönünde bkz. Alp, s.29.

Tartışmanın yargı kararları boyutu ele alınır ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2008 tarihinde verdiği bir kararında açıkça, eğitim giderinin geri ödenmesi yükümlülüğünün cezaî şart niteliğinde olmadığına yer vermiştir. Buna göre, eğitim gideri ödenmesine yönelik talep, kendine özgü bir alacak talebi olarak nitelendirilmiştir. Bunun sonucunda somut olayda cezaî şart hükümleri uygulanmayacağı, hatta bir an cezaî şart olarak görülse bile verilen eğitimin karşılığı olduğundan, karşılıksız sayılarak geçersizliğine hükmedilemeyeceği yönünde sonuca varılmıştır⁵⁶³.

Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'nin kararlarına bakıldığında ise iki kavram arasındaki çizgiye açık bir şekilde dikkat çekildiği görülmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme 2015 tarihli bir kararda, somut uyuşmazlıkta taraflar arasında imzalanan taahhütnamede yer alan “*eğitim gideri ödeme yükümlülüğünün*” teknik anlamda bir cezaî şart olmadığına yer vermiştir. Bu noktada sözleşmede yer alan yükümlülüğün, davalının eğitim süresi sonunda sözleşme ile kararlaştırılan çalışma süresini teminat altına almaya yönelik bir yaptırım olduğu ifadelerine yer verilmiştir⁵⁶⁴. Bununla birlikte 22.Hukuk Dairesi'nin kararının başında yer alan, “*eğitim karşılığı cezaî şart*”ın tek taraflı olarak değerlendirilemeyeceğine dair ifade ise hüküm kısmı ile çelişkili durmaktadır. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi de aksi yönde kararları da olsa son yıllarda,

⁵⁶³ “...Her ne kadar Özel Dairenin bozma ilamında davalı bankanın talep ettiği bedel bir cezaî şart olarak nitelendirilmişse de, gerek yanlar arasında düzenlenen sözleşmeler, gerek davacı tarafından imzalanan yüklenme ve kefalet senetleri, gerekse davalı banka tarafından çıkarılan yönetmelikler incelendiğinde, talep edilen bedelin davacıya bir yıl boyunca verilen eğitim ve yapılan masrafların karşılığı olduğu, dolayısıyla Borçlar Kanununun 158 ve devamı maddelerinde düzenlenen cezaî şart niteliğinde olmayıp, kendine özgü bir alacak talebi niteliğindedir. Bir an cezaî şart olarak düşünülse bile verilen eğitim gideri karşılığı olduğundan karşılıksız sayılamaz...”. Bu karar için bkz. Y.HGK, T. 18.6.2008, E. 2008/9-430, K. 2008/438, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 15.03.2018. Y.9.HD., T.16.06.2005, E.2004/30569, K.2005/21529, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 26.02.2019.

⁵⁶⁴ Y.22.HD., T.01.12.2015, E.2014/20611, E.2015/33213, Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları)**, s.1372; aynı yönde bkz.. Y.22. HD., T.08.12.2015, E. 2015/30771, K. 2015/33939, (Çevrimiçi) www.lexpera.com, 18.05.2018.

Yargıtay 7.Hukuk Dairesi de bir somut olayda “eğitim kabul beyanı ve taahhütname” başlıklı belgede eğitimle ilgili hususların ayrıntılı olarak düzenlenmesi ve belge metninde veya bütününde bu bedelin cezaî şart olarak kabul edildiğine dair bir ibare ve anlam bulunmaması, davacı tarafından imzalanan başka bir belgede bu bedelin eğitim bedeli olarak kabul edilmesi, her ne kadar davacı bu bedeli cezaî şart olarak nitelendirmiş olsa bile hâkimin tarafların nitelendirmesi ile bağlı olmayıp hukuki nitelendirmeyi kendisinin yapması gerektiği gerekçeleri ile yerel mahkemenin hatalı değerlendirme ile eğitime ilişkin gider talebini cezaî şart olarak nitelendirmesini bozma nedeni saymıştır. Bu karar için bkz.Y.7.HD., T.08.04.2015, E.2015/3736, K.2015/6632, Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları)**, s.1373-1374.

eğitim giderini geri ödeme yükümlülüğü ile cezaî şart kavramlarını birbirinden ayırarak karar vermektedir. 2016 tarihli bir kararda, “...Ayrıca davada cezaî şart yanında eğitim gideri de talep edilmiş olmasına rağmen hüküm fıkrasında davacının cezaî şart isteminin reddine karar verilmekle yetinilmesi de hatalıdır...” şeklinde yer alan ifadeden, geri ödeme klozu ile cezaî şartı birbirinden farklı iki kavram olarak kabul ettiği açıkça anlaşılmaktadır⁵⁶⁵.

Konunun Alman Hukuku boyutunun ele alınması da tartışmaya ışık tutacak niteliktedir. Alman Hukuku’nda, geri ödeme klotlarının cezaî şart olarak kabul edilmesi, ilk olarak 29.06.1962 tarihli BAG kararını⁵⁶⁶ değerlendiren Bötticher tarafından önerilmiştir. Bötticher, geri ödeme klotunun varlığı halinde, “gerçek olmayan cezaî şart”ın söz konusu olduğunu savunmaktadır⁵⁶⁷. Cezaî şartın indirilmesi kenar başlığını taşıyan BGB m.343’de, eğer bir davranışta bulunma veya kaçınma haline yönelik ceza vaat edilmişse, yine cezaî şarta yönelik indirim hükmünün uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozu, gerçek olmayan cezaî şart kabul edilse bile cezaî şartın indirilmesine dair hükme tâbidir. Gerçekten cezaî şartta, bir borca aykırılık halinin gerçekleşmesi şart koşulmaktadır. Oysa gerçek olmayan cezaî şartta, örneğin işçinin sözleşmeyi

⁵⁶⁵ Y.9.HD., T.16.02.2016, E.2016/2608, K.2016/2929, Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-2016 Yılları)**, s.1370-1371.

Yargıtay, 2015 tarihli bir kararda ise sözleşmede düzenlenen cezaî şartı işçi aleyhine tek taraflı olarak kabul etmiş, dolayısıyla cezaî şartın istenemeyeceği, ancak eğitim giderinin talep edilebileceği sonucuna varmıştır. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.24.06.2015, E.2014/19881, K.2015/12960, (Çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, 20.03.2018.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi’nin daha önceki yıllarda eğitim giderinin geri talep edilmesini cezaî şart olarak kabul eden ve işçiye verilen eğitim bedeli kadar cezaî şartın karşılığı bulunması dolayısıyla eğitim karşılığı cezaî şart hükmünü belirtilen ölçüler içinde geçerli kabul eden aksi yönde bir kararı için bkz. Y.9.HD., T.28.01.2010, E.2008/14692, K.2010/1523, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 27.02.2019. Aynı dairenin, “...maddede eğitim giderlerinin ölçü alınması ve bunun %50 fazlasının ödeneceğinin kararlaştırılması, düzenlemenin cezaî şart olgusunu değiştirecek nitelikte değildir...” ifadesine yer vermek suretiyle, eğitim gideri karşılığı talep edilen miktarı, cezaî şart niteliğinde kabul eden ve işçi aleyhine tek taraflı olarak olduğu gerekçesiyle geçersiz sayan kararı için bkz. Y.9.HD., T.12.07.2006, E.2006/1586, K.2006/20763, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 27.02.2019.

⁵⁶⁶ Bu karar için bkz. BAGE, 13, 168 ff., NJW 1962, 1981, AP Nr.25, Art 12 GG. Alman Federal İş Mahkemesi, eski tarihli bir kararında, geri ödeme klotları için geliştirilen geçerlilik ölçütlerinin, her iki hukuki kurumun işlevlerinin benzerliği nedeniyle cezaî şart kurumuna da uygulanabileceğini belirtmiştir. Bu karardan anlaşılacağı üzere BAG da cezaî şart ile geri ödeme yükümlülüğünü farklı kavramlar olarak değerlendirmektedir. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 27.07.1977, AP, BGB 611, N.2.

⁵⁶⁷ Bötticher, s.20-22.

feshetmesine yönelik bir ceza belirlenmişse, borca aykırı davranış bulunması şart değildir. Bir eylemin gerçekleşmesi veya bir eylemi gerçekleştirmekten kaçınma durumuna ceza bağlandığından, bu durumun ortaya çıkması yeterlidir⁵⁶⁸. Bir başka yazar ise işveren tarafından mesleki eğitim sağlanan işçiye, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi haline yönelik cezaî şart kararlaştırmasını da bir geri ödeme klozu yapılandırma olanağı saymaktadır. Yazara göre, bu hal bakımından önemli olan husus, işverenin yaptığı eğitim giderini geri alabilmesidir. Bu nedenle cezaî şart biçiminde veya sadece genel hükümler bağlamında şarta bağlı olarak bir yükümlülük öngörülmüş olması, farklı bir hukuki sonuç doğurmayacaktır⁵⁶⁹.

Geri ödeme yükümlülüğü ile cezaî şart ilişkisi bakımından önem arz eden başka bir husus, sözleşmede geri ödeme yükümlülüğü bulunmasına rağmen, ayrıca cezaî şart kararlaştırılmasının geçerliliğidir. Bu hususu geçmiş yıllarda verdiği kararlarında ele alan Yargıtay, aynı eylem nedeniyle iki ayrı cezaî şarta hükmedilemeyeceği gerekçesine dayanarak, cezaî şartın geçersiz olduğu sonucuna varmaktaydı⁵⁷⁰. Buna karşılık doktrinde eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozunu cezaî şart sayan bir yazara göre, sözleşmede aranan şartların gerçekleşmesi halinde, iki ayrı cezaî şart düzenlemesi öngörülmesi geçerli kabul edilmelidir⁵⁷¹. Bununla beraber eğitim gideri karşılığı kararlaştırılan cezaî şartın geçerliliği, işçi aleyhine tek taraflı olarak düzenlenmemesine bağlıdır. Eğitim giderlerinin geri ödenmesine yönelik yükümlülüğün geçerliliği bakımından ise düzenlemenin iki taraflı kararlaştırılması şart değildir. Dolayısıyla yazara göre, eğitim giderinin geri ödenmesi yükümlülüğü dışında kalan cezaî şart, işçi aleyhine olmak üzere tek taraflı kararlaştırılmış ise işveren her iki cezaî şartı talep edemeyecektir. Bu durumda işveren, sadece eğitim gideri karşılığı cezaî şartı talep etmekle yetinmek durumundadır. Fakat bu sonuca varılmasının gerekçesi, aynı eylem için iki ayrı cezaî şart kararlaştırılmasının geçersiz olması

⁵⁶⁸ Bötticher, s.23-24.

⁵⁶⁹ Bu görüş için bkz. Dorth, s.288-289.

⁵⁷⁰ Y.9HD., T.09.11.1999, E.1998/13768, K.1999/16929, İşveren Dergisi, Kasım 1999, s.17.

⁵⁷¹ Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.67-68. Bu yönde bkz. Ozan, s.142.

değildir. Esas gerekçe, günümüzde açıkça düzenlenmiş olan TBK m.420'deki düzenlemeye aykırılık oluşturmastır⁵⁷².

Geri ödeme yükümlülüğü, işçinin eğitimi için fiilen yapılan giderleri kapsayacağından, bunun üzerinde bir miktar için cezaî şart kararlaştırılması bizim de isabetli bulduğumuz üzere doktrinde geçerli sayılmaktadır. Kuşkusuz eğitim için fiilen yapılan giderleri aşan cezaî şart kararlaştırılması halinde, bu miktar aşırı bulunursa TBK m.182 uyarınca hâkimin indirim yapma yetkisi vardır⁵⁷³.

İşveren tarafından, işçinin mesleki eğitimi için yapılan giderlerin, sözleşmede belirlenen süreden önce işçinin haklı neden olmaksızın fesih yoluna başvurmaması

⁵⁷² Ekmekçi, **Değerlendirme 1999**, s.68. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2007 tarihli bir kararında, sözleşmenin aynı ya da farklı maddelerinde, geri ödeme yükümlülüğü ile birlikte cezaî şart kararlaştırılmasının geçerliliğini ele almıştır. Uyuşmazlık hakkında Yerel Mahkeme; eğitim giderleri ve cezaî şarta ilişkin olarak sözleşmede bir hüküm bulunmadığı, sözleşmenin eğitime başladıktan sonra imzalatıldığı ve bir yıl olarak belirlenen iş sözleşmesinin süresinin performans testlerinin bitişi tarihinden başlayacak olması sebebiyle davacı taraf taleplerinin reddine karar vermiştir. Yargıtay'ın uyuşmazlık hakkında verdiği karardaki "...iş sözleşmesinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerle ilişkilendirilen cezaî şart kuralı işçi aleyhine olup tek taraflıdır. Böyle olunca eğitim süresince işçiye ödenen ücretler ile cezaî şart taleplerinin reddi..." ifadesinden, eğitim giderlerinin talep edilmesinin yanı sıra sözleşmede kalan süreye ilişkin ücret miktarınca ayrıca cezaî şart kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Sözleşmede, bu yöndeki hükümlerin geçerliliği tartışmaya açıktır. Zira eğitim gideri karşılığı belirli süre çalışması beklenen işçinin, haklı neden olmaksızın iş sözleşmesini sona erdirmesi halinde hem eğitim gideri karşılığı geri ödeme kızı kararlaştırılmasının hem de kalan süre için cezaî şart kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı sorunu çözüme muhtaçtır. Yargıtay bu uyuşmazlık çerçevesinde, "...iş sözleşmesinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerle ilişkilendirilen cezaî şart kuralı işçi aleyhine olup tek taraflıdır. Böyle olunca eğitim süresince işçiye ödenen ücretler ile cezaî şart taleplerinin reddi, bu gerekçeyle yerinde olmuştur..." ifadesine yer vermiştir. Yani Yargıtay aslında hem eğitim giderinin talep edilmesinin hem de çalışılmayan süre için cezaî şart talep edilmesinin mümkün olduğu; fakat cezaî şart bakımından işçi aleyhine cezaî şart olmaz ilkesine uyulması gerektiği yönünde sonuca varmıştır. Bu karar için bkz.Y.9.HD., T.25.09.2007, E.2007/20016, K.2007/28104, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, s.111-112. Kararı değerlendiren yazarlar ise sözleşmede açık hüküm olmadığı bu gibi hallerde, haklı bir sebep olmaksızın iş sözleşmesini fesheden işçiden sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak eğitim giderlerinin geri talep edilmesini, hukukun adalet, nısfet ve hakkaniyet ilkelerine uygun bir çözüm yolu olarak görmektedirler. Ayrıca yazarlar, kararda sözleşmede cezaî şart düzenlemesi olup olmadığının anlaşılmadığını belirtmektedirler. Bu nedenle konuyu böyle bir cezaî şartın varlığı ve yokluğu ihtimallerine göre ayırarak incelemektedirler. Bu çerçevede, sözleşmede, işçinin çalışılmayan süreler için ücretlerinin cezaî şart olarak kararlaştırıldığı kabul edilecek olursa, inceleme konusu kararda Yargıtay'ın "cezaî şartın tek taraflı olarak kararlaştırılmış olması sebebiyle" cezaî şart talebini reddetmesi, daha önceki kararlarıyla çelişkili ve isabetsiz görülmektedir. Nitekim bu karardaki sonuç, eğitim giderlerinin tek taraflı işçi aleyhine cezaî şart olarak düzenlenmesine olanak tanıyan Yargıtay kararları ile de uyumlu değildir. Sözleşmede böyle bir cezaî şart hükmünün bulunmaması olasılığında ise yazarlar, davalı işçi tarafından feshedilen "asgari süreli eğitim hizmet sözleşmesi"nin var olduğu; dolayısıyla sözleşmede cezaî şart kararlaştırıldığı için, işverenin belirli süreli sözleşmesini işçinin haksız feshetmesine ilişkin hukuki sonuçlar ile yetinmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu değerlendirme için bkz. Demir, Demir, s.116, 118-119.

⁵⁷³ Karagöz, s.220.

halinde geri ödenmesi talebinin hukuki niteliği, görüldüğü üzere hem doktrinde görüş birliği olmayan bir tartışma konusudur hem de farklı yönde yargı kararları mevcuttur. Kanaatimizce işverenin geri ödeme talebi, cezaî şart kavramı ile tam olarak örtüşmemektedir. İki kavram arasında en önemli farklılık ise miktar ve ispat konusunda ortaya çıkmaktadır. Cezaî şart, miktar yönünden herhangi bir üst sınıra tâbi olmaksızın, sadece TBK m.182/3 uyarınca hâkimin indirim yetkisinin sınır oluşturduğu bir kavramdır. Keza cezaî şartın talep edilmesi için ne zararın varlığının ne de miktarının ispatlanmasına ihtiyaç vardır. Herhangi bir zarar ortaya çıkmasa bile sözleşmede belirlenen muacceliyet şartları mevcut ise talep edilebilmektedir. Bununla birlikte eğitim gideri karşılığı geri ödeme klotunda talep edilebilecek miktarın üst sınırı, öncelikle işverenin fiilen yaptığı ve hatta sadece bu işçinin eğitime özgülediği gider kalemlerinin toplamı olup; diğer bir sınır ise sözleşmede belirlenen miktardır. Ayrıca işverenin, fiilen yaptığı giderleri kalem kalem ispat etmesi de beklenmektedir. Hal böyleyken eğitim gideri karşılığı geri ödeme klotu, esasında amaç bakımından cezaî şart ile benzerlikler içerse de birbirinden farklı kavramlardır. Fakat eğitim gideri karşılığı geri ödeme klotuna ilişkin kanunda hüküm olmamasından yola çıkılarak, uygun düştüğü ölçüde cezaî şarta ilişkin kanuni düzenlemelerin kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Şu halde sözleşmede eğitim gideri karşılığı geri ödeme klotu dışında, bu klot ile örtüşmeyen alanlarda ayrıca cezaî şart belirlenmesinde sakınca yoktur. Bu noktada cezaî şart bakımından TBK m.420 dikkate alınmalıyken, geri ödeme klotunun karşılığı zaten eğitim gideri olduğundan bu hükme başvurulmasına gerek yoktur⁵⁷⁴.

⁵⁷⁴ Yargıtay, 818 sayılı BK döneminde dahi özel hüküm olmamasına rağmen, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart kararlaştırılmasını geçersiz saymıştır. Bunun tek istisnası olarak da eğitim giderinin geri ödenmesini göstermiştir. Bu konuda “...İşçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezaî şart tek taraflı olarak değerlendirilemez. İşçiye verilen eğitim bedeli kadar cezaî şartın karşılığı bulunmakla eğitim karşılığı cezaî şart hükmü belirtilen ölçüler içinde geçerlidir...” şeklinde ibareye yer veren karar için bkz. Y.9.HD., T.22.02.2016, E.2014/30506, K.2016/3383, Çalışma ve Toplum, S.52, s.309; ayrıca bkz. Y.9.H.D, T.06.10.2008, E.2007/27539, K.2008/25447 ve Erdem Özdemir’in incelemesi, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2009, s.150 vd.; Y.9.HD., T.10.03.2004, E.2003/14720, K.2004/4609, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s.113. Ayrıca bkz. Soyer, **Cezai Şart**, s.363 vd.; Süzek, **Fesih Hakkının Sınırlandırılması**, s.44; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, s.438-439.

H. Geri Ödeme Yükümlülüğünün Muaccel Hale Gelmesi

İşverenin, işçinin mesleki eğitimi ve gelişimi için yaptığı giderleri işçiden geri talep edebilmesi için, ya bu yönde bir sözleşme yapılmış olmalı ya da iş sözleşmesinde bu yükümlülüğü düzenleyen bir kloz yer almalıdır. Geri ödeme yükümlülüğü kararlaştırılması halinde işçi, genellikle belirlenen tarihten önce iş sözleşmesini haksız feshetmesi halinde kendisi için yapılan giderleri işverene geri ödeyeceğini taahhüt etmektedir. Sözleşmede yer alan süresinden önce haksız fesih şartı gerçekleşince, işçinin geri ödeme yükümlülüğü muaccel hale gelmektedir. Kısacası geri ödeme yükümlülüğü bakımından, iş ilişkisinin sona ermesi anında muacceliyet gerçekleşmektedir. Dolayısıyla bu andan itibaren zamanaşımı işlemeye başlayacaktır⁵⁷⁵. Zira normal şartlarda, işçinin kanuni olarak işverenin ihtiyarı şekilde karşıladığı eğitim giderlerini işverene ödeme borcu yoktur. Ancak sözleşmede bu yönde bir yükümlülüğe yer verilirse, bu yükümlülük iş sözleşmesinin sona ermesi anında doğmaktadır⁵⁷⁶. Bununla birlikte taraflarca kararlaştırılan, sözleşmenin her türlü sona erme hali geri ödeme yükümlülüğünün doğmasına yol açan bir neden olarak da görülemez. Hangi tür fesihlerin işçiyi ödeme yükümlülüğü altına sokacağını sözleşmeden açıkça saptanması gerekmektedir. Aksi halde geri ödeme yükümlülüğü yoluyla, işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğü içinde yer alan “işyerini seçme özgürlüğü”ne yönelik öngörülen sınırlama ölçülü olmaktan çıkacaktır⁵⁷⁷.

İşverenin, işçinin eğitimi için yaptığı giderleri talep etmesi için kararlaştırılan geri ödeme klozu, sözleşmede yer alan şartın gerçekleşmesi ile muaccel hale gelmektedir. Bununla beraber geri ödeme yükümlülüğü kararlaştırılan eğitimin işçi tarafından tamamlanmaması veya işçinin, eğitimin sonunda başarısız olması olasılığı da vardır. Bu son ihtimalde, eğitimden beklenen menfaat sağlanamamış olmasına rağmen, işverenin yine de yaptığı giderleri talep edip edemeyeceği tartışma konusu olabilecektir. Bu başlık altında öncelikle geri ödeme yükümlülüğünü muaccel hale getiren şartın gerçekleşmesi olasılığı üzerinde durulacaktır. Daha sonra ise işçinin

⁵⁷⁵ Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.30; Özdemir, **Eğitim Gideri**, s.156; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 892.

⁵⁷⁶ Alp, s.39.

⁵⁷⁷ Soyer, **Cezai Şart**, s.376-377; Alp, s.39.

eğitimi tamamlayamaması veya eğitim sonucunda başarısız olmasının geri ödeme yükümlülüğüne etkisi incelenecektir.

1. Muacceliyet Şartının Gerçekleşmesi

Eğitim gideri karşılığı geri ödeme yükümlülüğü kararlaştırılması halinde, genellikle geciktirici bir şartın varlığından bahsedilecektir. Nitekim geri ödeme yükümlülüğünde, iş ilişkisinin sözleşme ile belirlenen süreden önce feshi, esasında gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olaya bağlıdır. Bu şart gerçekleştiğinde, işçinin geri ödeme yükümlülüğü doğmaktadır. Alman Hukuku'nda tarafların, sözleşmede belirlenen objektif olayın gerçekleşmesine müdahale edebildiği bu tip şartlara “*Potestativbedingung*” denilmektedir. Geri ödeme yükümlülüğü ele alındığında, eğitim giderlerinin işçiden talep edilmesi sözleşmede belirlenen süreden önce fesih gerçekleşmesi şartına bağlı tutulmaktadır. İşte sözleşmede kararlaştırılan türde bir feshi gerçekleştirip gerçekleştirmemek tarafların elindedir. Geri ödeme yükümlülüğünü muaccel hale getiren bu tipte şart, genel hükümler arasında yer alan geciktirici şart hükümlerine tâbidir (*TBK m.170 vd.; BGB m.158*)⁵⁷⁸.

Geri ödeme yükümlülüğünün muaccel olması için gerçekleşmesi beklenen sözleşmenin sona erdirilmesi şartını, taraflar detaylı olarak sözleşmede düzenleyebilirler. Buna karşılık uygulamada, çoğunlukla sadece “*fesih*” veya “*istifa*” şeklinde genel ifadelerle yer verildiği gözlemlenmektedir. Bununla beraber geri ödeme yükümlülüğünün muaccel hale gelmesine neden olan fiilin, çok geniş kapsamda belirlenmemesi gerekmektedir⁵⁷⁹. Dolayısıyla uygulamada sözleşmede yer alan “*tüm sona erme halleri*”, “*her ne sebeple olursa olsun işçi tarafından sözleşmenin sonlandırılması*”, “*taraflarca sözleşmenin feshi*” gibi ifadeler, klozun geçersiz sayılmasına neden olabilecektir⁵⁸⁰. Bu nedenle sözleşmede, “*işçinin fesihten sorumlu olduğu hallerde*” veya “*işçiden kaynaklanan nedenlerle iş ilişkisinin zamanından önce sona erdirilmesi halinde*” gibi açık ve tereddüt yaratmayacak ifadelerle yer verilerek,

⁵⁷⁸ Staudinger, s.519-520; Meier, Schulz, s.743.

⁵⁷⁹ Dorth, s.298; Soyer, **Cezai Şart**, s.376.

⁵⁸⁰ Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.22; Soyer, **Cezai Şart**, s.376.

geri ödeme yükümlülüğünü muaccel hale getiren fiillerin belirlenmesi gerekmektedir⁵⁸¹. Uyuşmazlık halinde işçinin, geri ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya kalacağı fesih nedenlerini, hâkimin denetleme yetkisi olduğu kabul edilmektedir⁵⁸². Nihayetinde geri ödeme yükümlülüğünün muacceliyetinin işçinin elinde olduğu hallerde, kloz geçerli kabul edilmektedir. Eğer bir tip sözleşme içinde geri ödeme yükümlülüğü yer alıyorsa, aynı sonuca içerik denetimi yoluyla ulaşılmaktadır. Zira muacceliyet şartı, işçinin elinde olmayan fesih nedenlerine bağlanırsa, bu durumda işçinin aleyhine olmak üzere dürüstlük kuralına aykırı bir klozun var olması nedeniyle geri ödeme yükümlülüğünün geçersizliğinden söz edilecektir⁵⁸³.

Eğitim gideri karşılığı geri ödeme klozu hakkında mevzuatımızda herhangi bir kanuni düzenleme bulunmadığından, hangi fesih hallerinin geri ödeme yükümlülüğü doğurduğu, doktrindeki görüşler ve yargı kararları yoluyla belirlenmektedir. Kuşkusuz iş sözleşmesinin sona erdiği her halin, işçinin geri ödeme yükümlülüğünün muaccel olmasına yol açacağı söylenemez. Zira aksi halin kabulü, işçinin fesih hakkını aşırı ölçüde sınırlandıracaktır. Bu durum ise Anayasal çalışma ve sözleşme özgürlüğünün ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır⁵⁸⁴. Bazı hallerde iş ilişkisinin sona erdirilmesi, şartın gerçekleşip gerçekleşmediği hakkında şüpheye düşürebilmektedir. Bu haller bakımından sözleşmenin yorumlanması yoluna başvurmak suretiyle, klozun anlam ve amacı tespit edilmeye çalışılmalıdır⁵⁸⁵. Özellikle iş güvencesinin ve buna bağlı olarak geçerli sebep kavramının yürürlüğe girmesinden sonra konu daha da önemli hale gelmiştir.

İşçinin veya işverenin sözleşmeyi feshetmesinin hangi hallerde eğitim gideri karşılığı ödeme yükümlülüğü doğuracağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. İlk olarak ele alınacak olan görüş, mevzuatımızda iş güvencesi henüz yürürlüğe girmeden önce savunulmaktaydı. Alman Hukuku etkisi ile değerlendirme

⁵⁸¹ Dorth, s.298.

⁵⁸² Soyer, **Cezai Şart**, s.377.

⁵⁸³ Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.22; Dorth, s.298. Ayrıca bu yönde bkz. BAG, Urteil vom 18.11.2008, 3 AZR 192/07, NZA 2009, s.435-439.

⁵⁸⁴ Soyer, **Cezai Şart**, s.376; Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.152; Alp, s.29.

⁵⁸⁵ Blomeyer, Buchner, s.94; Staudinger, s.520.

yapan bu görüşe göre, işçinin eğitim giderini geri ödeme yükümlülüğünün doğup doğmadığı tespit edilirken, rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin sona ermesini düzenleyen BK m.352/2'nin (TBK m.447/2) anlam ve amacından hareket edilmelidir⁵⁸⁶. Bu görüşe göre işçinin, işyerine sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan fesihlerin geri ödeme yükümlülüğüne yol açacağı kabul edilmektedir. Nitekim bu görüşe göre, kanunda sayılan rekabet yasağının sona ermesine yol açan nedenler ile eğitim gideri karşılığı geri ödeme yükümlülüğünün ortadan kalkmasına neden olabilecek nedenler arasında benzerlik kurulabilecektir. Zira her iki halde de işçiyi, işyerine haklı görülemeyecek ölçüde bağlı kalmaktan kurtarma amacının bulunmasının yanı sıra, taraf menfaatleri arasında adil bir denge kurma amacından da hareket edilmektedir⁵⁸⁷. Özetle, bu görüşe göre TBK m.447/2'de sayılan haklı neden olmaksızın işveren tarafından sözleşmenin feshi ile işverene yüklenilebilen bir nedenle işçinin sözleşmeyi feshi halleri, işçinin geri ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaktadır.

Bu konuda savunulan ikinci görüş ise konuya, iş güvencesi hükümlerinin mevzuatımıza girmesinden sonra, haklı fesih ve geçerli nedenle fesih ayrımını dikkate alarak yaklaşmaktadır. Fransız Hukuku etkisi ile değerlendirme yapan bu görüşü temsil eden Özdemir, kanunda düzenleme bulan fesih sebeplerinden hareketle, işçinin ağır kusuru ölçütünü esas almaktadır. Dolayısıyla işçinin ağır kusuruna dayanmayan İşK m.25/II dışındaki fesih nedenleri, geri ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldıran nedenler olarak kabul etmektedir⁵⁸⁸.

İş güvencesi hükümleri yürürlüğe girdikten sonra ileri sürülen bir başka görüşe göre ise fesih nedeni değerlendirilerek, işçiden eğitim giderinin talep edilmesinde işverenin korunmaya değer bir menfaatinin olup olmadığı tespit edilmelidir. Bunun yanı sıra çalışma ve sözleşme özgürlüğü bağlamında, işçinin geri ödeme yükümlülüğünün sona ermesindeki menfaatinin, işverenin menfaatine göre daha mı ağır bastığı, uyuşmazlık halinde gözetilmesi gereken önemli bir ölçüttür⁵⁸⁹. Kanunda

⁵⁸⁶ Soyer, **Cezai Şart**, s.377.

⁵⁸⁷ Soyer, **Cezai Şart**, s.377-378.

⁵⁸⁸ Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.155.

⁵⁸⁹ Alp, s.31-32.

eğitim giderinin geri ödenmesi yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme olmadığından hareketle, hâkim fesih nedenlerini denetlerken hukuk güvenliğini sağlamalıdır. Bu kapsamda, hakkaniyetli ve menfaat dengesini gözeterek genel ve soyut ilkeler belirlenmelidir⁵⁹⁰. Buna göre, ancak işçinin sorumluluk alanında bulunan nedenlerle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde, geri ödeme talebinde bulunulabilecektir. Bu nedenler iki temel başlık altında sınıflandırılabilir. Birincisi, işçinin haklı neden olmaksızın süresinden önce iş sözleşmesini sona erdirmesi olup; ikincisi ise işverenin işçiye yüklenebilen nedenlerle iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesidir. Buna karşılık işçinin dürüstlük kuralına uygun olarak üzerine düşeni yapmasına rağmen, işverenden veya dış etkenlerden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesi sona ererse, eğitim giderlerini geri ödemesi kendisinden beklenemeyecektir. Nitekim aksi kabul, iş sözleşmesinin sona ermesindeki riskin, hakkaniyete aykırı ölçüde işçiye yüklenmesine yol açacaktır⁵⁹¹.

Alman Hukuku'nda, geri ödeme yükümlülüğünün muaccelliyetinin tespitinde “*Sphärentheorie-Etki Alanı Teorisi*” olarak adlandırılan fesih nedeninin taraflardan hangisinin alanında gerçekleştiğine yönelik bir teorinin uygulanması kabul edilmektedir⁵⁹². Önemli olan hususun, sözleşmenin sona erme nedeninin taraflardan hangisinin risk alanında gerçekleştiğinin tespiti olduğu ifade edilmektedir⁵⁹³. Etki alanı teorisine göre, iş sözleşmesi işveren tarafından sona erdirilmiş ve sona erme nedeni, işverenin etki alanından kaynaklanmakta ise geri ödeme talep hakkı doğmayacaktır. Bunun tam tersi olarak, işçi sözleşmeyi feshetmiş ama fesih nedeni işçinin etki alanında ortaya çıkmamış ise yine işveren eğitim giderlerini işçiden talep edemeyecektir. Dolayısıyla taraflardan hangisinin iş ilişkisini sona erdirmiş olduğu, geri ödeme yükümlülüğünün muaccel olması bakımından her zaman mutlak bir sonuca ulaştırmayacaktır⁵⁹⁴. Kanaatimizce hem Türk Hukuku hem de Alman Hukuku'nda ileri sürülen görüşler dikkate alındığında, sistematik bir değerlendirme yapılabilmesi amacıyla, iş sözleşmesinin sona erme nedenlerinin ayrı ayrı incelenmesi isabetlidir.

⁵⁹⁰ Alp, s.32.

⁵⁹¹ Alp, s.32-33; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.892-893.

⁵⁹² Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.22.

⁵⁹³ Staudinger, 521.

⁵⁹⁴ Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.22; HWK/Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.45.

Bu noktada bir hususa daha dikkat çekilmesi yararlı olacaktır. Eğer tip iş sözleşmesinde geri ödeme klozu yer almakta ise fesih nedeninin, taraflardan hangisinin etki alanında ortaya çıktığı konusunda farklı bir yol izlenmesine gerek yoktur. Geri ödeme klozunun geçerliliği, tip sözleşmede yer alması halinde de etki alanı teorisi dikkate alınarak belirlenebilecektir. Dolayısıyla tip sözleşmeler kapsamında da fesih nedeninin taraflardan hangisinin sorumluluk alanında ortaya çıktığının tespiti geri ödeme yükümlülüğünün muaccel olmasında önem kazanmaktadır. Aksi bir kararlaştırma ise klozun, içerik denetimi sırasında geçersizlik yaptırımı ile karşı karşıya kalmasına yol açacaktır⁵⁹⁵. Aynı zamanda genel işlem koşulları içerik denetimi hükümleri içinde yer alan şeffaflık kuralı da işçinin, hangi hallerde geri ödeme yükümlülüğü altında olacağının sözleşmede açıkça belirlenmesini şart koşmaktadır⁵⁹⁶.

a. İşçinin İş Sözleşmesini Feshetmesi

İşverenin, işçiden mesleki eğitim giderlerini geri talep edebilmesi için iş sözleşmesinin sözleşmede belirlenen süreden önce feshedilmesi muacceliyet şartıdır. Bilindiği üzere işçinin, iş sözleşmesini feshi olağan fesih ya da haklı nedenle fesih şeklinde tezahür edebilmektedir. İşte bu iki tür fesihten hangisinin somut olayda gerçekleştiği, geri ödeme yükümlülüğünün muaccel hale gelmesi bakımından farklı hukuki sonuçların doğmasına neden olabilmektedir.

Türk Hukuku'nda, iş güvencesi hükümleri yürürlüğe girmeden önce ileri sürülen bir görüşe göre, işçi tarafından iş sözleşmesinin feshi halinde işverence geri ödeme talep edilebilmesi için, işçinin herhangi bir neden ileri sürmeden veya işverenin kusuru olmaksızın fesih yolunu tercih etmesi gerektiği belirtilmekteydi⁵⁹⁷. Dolayısıyla işçinin sözleşmeyi haklı nedene dayanarak feshetmesi, işverenin eğitim giderini talep

⁵⁹⁵ Genel işlem koşulları içerik denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, B, 3, b, (3).

⁵⁹⁶ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.440; Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.22; Dorth, s.298. Dorth, uygulama bakımından geri ödeme klozunun geçerliliği için “işçinin haklı neden olmaksızın kendi iradesi ile iş ilişkisini sona erdirmesi veya iş ilişkisinin işçinin sorumlu olduğu bir nedenle işveren tarafından sona erdirilmesi halinde, işçi, eğitim süresi boyunca karşılanan masrafların ve eğitim ücretinin geri ödenmesi ile yükümlü olacaktır.” şeklinde bir hükme yer verilmesini öneri olarak sunmaktadır. Bkz. Dorth, s.298.

⁵⁹⁷ Soyer, **Cezai Şart**, s.379.

etme hakkını ortadan kaldıran bir fesih şekli olarak görülmekteydi. Bu noktada yazar tarafından, haklı neden ile kusur kavramları arasında ayırım yapılarak, işçi tarafından fesihte, işverenin feshi haklı kılan bir kusuru bulunmasının, işverenin geri ödeme talep hakkını engelleyeceği ifade edilmekteydi. Bu nedenle İşK m.24 ile BK m.344’de haklı neden olarak sayılan haller daha geniş kapsamda yorumlanmaktaydı⁵⁹⁸. Örneğin, işçiye aldığı eğitim sonucu hak ettiği pozisyonun verilmemesi, işçinin konumu ile bağdaşmayacak şekilde muamelede bulunulması gibi haller, işverenin kusurlu davranışı sonucu ortaya çıkan haklı fesih nedeni kabul edilerek, işçinin geri ödeme yükümlülüğünün ortadan kalktığı savunulmaktaydı⁵⁹⁹.

Türk Hukuku’nda iş güvencesi yürürlüğe girdikten sonra savunulan görüşe göre ise işçinin haklı nedenle fesih halleri arasında da bir ayrıma gidilmelidir. Bu görüş tarafından işçinin, İşK m.24/2’de yer alan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi geri ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir hal olarak kabul edilmektedir. Nitekim iş sözleşmesini sürdürmek, işçi için çekilmez bir hal aldığından, işçinin eğitim giderini ödeme korkusu olmaksızın sözleşmeyi sona erdirebilmesi amaçlanmaktadır⁶⁰⁰. Şüphesiz işçinin haklı bir nedene dayanmaksızın veya herhangi bir neden dahi ileri sürmeksizin iş sözleşmesini sona erdirmesi ya da işçinin haklı fesih iddiasının mahkemece haksız bulunduğuna karar verilmesi hallerinde, işveren eğitim giderlerinin geri ödenmesini talep edebilecektir. Zira bu son durumda, işverenin fesih bakımından kusurlu bir davranışı da bulunmadığından, işçi ile işveren arasındaki menfaat

⁵⁹⁸ Soyer, **Cezai Şart**, s.379.

⁵⁹⁹ Bu örnekler için bkz. Blomeyer, Buchner, s.80; Soyer, **Cezai Şart**, s.379-380.

⁶⁰⁰ Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.153, Alp, s.34.

Yargıtay, “...Taraflar arasındaki 1.1.2006 tarihli sözleşmenin eki niteliğindeki aynı tarihli davalı imzalı taahhütnamede, davalının tip eğitimi sonundan itibaren 3 yıl süre ile görev yapacağı, bu eğitime karşılık 27.000 Euro borcu kabul ettiğini, 3 yıllık görev süresi dolmadan haklı fesih halleri haricinde sözleşmenin sona ermesi halinde, çalışılmayan süreye isabet eden ücretin iade edileceğinin düzenlendiği anlaşılmaktadır. O halde, haklı fesih halinde davalı pilotun çalışılmayan süreye tekabül eden eğitim bedelinden sorumlu olmayacağının kabulü gerekir. Mahkemece, asıl dava açısından, davalı-karşı davacı tarafından sözleşmenin haklı sebeple feshedildiği kabul edildiği halde, davalı pilotun çalışılmayan süreye tekabül eden eğitim bedeli ile sorumlu tutulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir...” ifadesiyle, haklı fesih halinde mesleki eğitim giderinin geri talep edilemeyeceğine karar vermiştir. Bu karar için bkz. Y.13.HD., T.26.05.2011, E.2010/14637, K. 2011/8123, (Çevrimiçi) www.legalbank.net, 26.02.2019.

dengeğine de uygun bir sonuca ulaşılmaktadır⁶⁰¹. Yine bu çerçevede, İşK m.17’de yer alan işçinin sözleşmeyi süreli feshi ile usulsüz feshi, geri ödeme yükümlülüğünü muaccel hale getiren fesih türlerindendir.

2013 yılında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen eleştiriye açık karar, işçinin haklı nedenle feshi halinde geri ödeme yükümlülüğüne ilişkin ilginç bir örnek oluşturmaktadır⁶⁰². Somut uyuşmazlıkta, işçinin mesleki eğitim gideri karşılığı olmak üzere iki yıl boyunca işten ayrılmayacağı; aksi halde eğitim gideri ile birlikte üç aylık ücreti tutarında cezaî şart ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Kadın işçi, iki yıl dolmadan evlendiği gerekçesiyle başka bir ilçede yaşayacağını, sözleşme feshi için haklı neden olarak ileri sürmüştür. Yerel mahkeme, işçinin iş sözleşmesini haklı fesih nedenlerinin İşK m.24’de sınırlı olarak sayıldığından hareket etmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, evlenme halinin haklı neden sayılamayacağını kabul etmiş, eğitim gideri ile cezaî şartın işverene kısmen ödenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Buna karşılık Yargıtay ise “...davacının hizmet akdini “evlilik nedeniyle” haklı olarak sona erdirdiği anlaşıldığından, işçinin haksız feshine dayalı cezaî şart ve eğitim masrafı taleplerinin yerinde olmadığı...” ifadeleriyle, kanaatimizce isabetli olmayan bir sonuca varmıştır. Nitekim evlenme hali kadın işçiler için sadece 1475 sayılı İşK m.14/2 uyarınca, evlendikten itibaren bir yıl içinde kendi arzusu ile iş sözleşmesini sona erdirmesi bakımından kıdem tazminatına hak kazandıran hallerden biri olarak sayılmıştır. Buna karşılık kıdem tazminatına hak kazandıran haller ile haklı fesih nedeni olarak sayılan haller birbirine karıştırılmamalıdır. İşçinin haklı fesih nedenleri İşK m.24’de, özellikle ahlaka ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlığı altında sınırlı sayıda olmaksızın sayılmıştır. Fakat eğitim gideri karşılığı geri ödeme yükümlülüğünün ortadan kalkması için, işverenin etki alanından kaynaklanan ve işçinin, iş sözleşmesini sürdürmesini çekilmez hale getiren bir haklı neden mevcut olmalıdır. Oysa evlenme hali, işçinin özel hayatını ilgilendiren ve işveren ile bağlantısı olmayan bir neden olduğundan, fesih bakımından haklı neden olarak kabul edilemez. Dolayısıyla kanaatimizce Yerel Mahkeme kararında olduğu gibi, eğitim giderinin geri ödenmesi

⁶⁰¹ Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.153, Alp, s.33.

⁶⁰²Y.9.HD., T.19.06.2013, E.2011/16944, K.2013/19015, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 16.05.2018.

gerektiği kararlaştırılmalıdır. Bu noktada yapılabilecek şey, hâkimin indirim yetkisini kullanırken sözleşme feshinde ileri sürülen nedenin ağırlığını dikkate alması olacaktır⁶⁰³.

İşçinin geri ödeme yükümlülüğünün muaccel hale gelmesi bakımından, taraf menfaatinin dengelenmesi ve hakkaniyete uygun bir çözüm bulunması ölçütünden hareket etmek suretiyle, fesih nedenlerini sınıflandıran başka bir görüş daha vardır. Bu görüşe göre, işçinin haklı nedenle feshi bakımından İşK m.24/1 ile m.24/3, ahlak ve iyiniyete aykırı hallere dayanan haklı fesihten farklı şekilde ele alınmalıdır. Bu çerçevede İşK m.24/1'deki sağlık nedenlerine ve İşK m.24/3'deki zorlayıcı nedenlere dayanan haklı fesihte, işçinin de işverenin de bir kusuru bulunmadığı kabul edilmektedir. Fakat bu haller bakımından yine de geri ödeme yükümlülüğünün ortadan kalkması gerektiği savunulmaktadır⁶⁰⁴. Gerekçe olarak ise işçinin, bahsi geçen haklı nedenler mevcut olmasına rağmen, geri ödeme yükümlülüğü endişesi ile iş ilişkisini sürdürmeye zorlanmaması gerektiği gösterilmektedir. Dolayısıyla bu nedenler bakımından riskin, işverene yüklenmesinin isabetli olacağı savunulmaktadır⁶⁰⁵. Buna karşılık işçinin haklı nedenle fesih halleri arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın, işçinin geri ödeme yükümlülüğünün doğmayacağını savunan yazarlar da vardır⁶⁰⁶.

İş ilişkisi, işçi tarafından olağan fesih yoluyla sonlandırılmış ise kanaatimizce işveren, işçi için yaptığı eğitim giderlerini talep edebilmelidir. Zira önemli olan fesih nedeninin, işverenden kaynaklı olmayıp, işçinin etki alanında ortaya çıkmış olmasıdır⁶⁰⁷. Yani işçinin sözleşmeden doğan borcunu ifa edip etmeme kararı kendi iradesine bağlı olmalıdır⁶⁰⁸. Bu durumda işçi ya feshi nedensiz olarak gerçekleştirmiş ya da işverenin kusurlu olmadığı bir nedene dayanmış olmaktadır. Bunun sonucu olarak ise işverenin haklı menfaati gereği, işçinin eğitimi için yaptığı giderleri işçiden

⁶⁰³ Bu görüşte ayrıca bkz. Alp, **Değerlendirme 2013**, s.251-252.

⁶⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.154; Alp, s.34.

⁶⁰⁵ Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.154; Alp, s.34.

⁶⁰⁶ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.892-893.

⁶⁰⁷ Yargıtay, bir kararında, askerlik hizmetini ifa etmek için iş sözleşmesini fesheden işçinin, askerlik süresi sonunda işveren tarafından çalıştırılmaya başlatılmamış olmasını dikkate alarak, işçiden mesleki eğitim giderlerinin talep edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Bu karar için bkz. Y.9.HD., T.29.02.2004, E.2003/17487, K.2004/6215, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 20.05.2017.

⁶⁰⁸ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.445; HWK/Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.45; Soyer, **Cezai Şart**, s.379; Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.154.

talep etmesinde bir sakınca yoktur⁶⁰⁹. Fakat sözleşmenin, işçi tarafından sona erdirildiği her halde, geri ödeme yükümlülüğünün muaccel olacağına ilişkin bir düzenleme, işçi aleyhine hakkaniyete aykırı bir düzenleme olarak kabul edilerek, geçersiz sayılacaktır⁶¹⁰.

Sonuç olarak, kanaatimizce de işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesi halinde her ne kadar fesih eylemi işçi tarafından gerçekleştirilmiş olsa da fesih nedeni işverenin etki alanında ortaya çıkmaktadır. Hal böyleyken işçi tarafından feshe başvurulmasına rağmen işveren, işçinin eğitimi için yaptığı giderleri geri talep edemeyecektir⁶¹¹. Aksi halde işçinin, eğitim giderlerini ödeme yükümlülüğünün baskısı altında, fesih özgürlüğü oldukça sınırlandırılmış olacaktır⁶¹². Buna karşılık işçi olağan fesih yoluyla sözleşmeyi sonlandırılmış ise işverenin etkisi olmadığından, eğitim giderlerini geri talep edebilmelidir. Dolayısıyla Alman Hukuku'nda kabul edilen etki alanı teorisinin Türk Hukuku'nda da uygulanması, kusurun hangi tarafta bulunduğu konusunda yaşanan uyuşmazlıkların çözümünde yararlı olacaktır.

b. İşverenin İş Sözleşmesini Feshetmesi

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshi, her durumda işçinin eğitimi için yaptığı giderleri geri talep etme hakkı vermemektedir. Dolayısıyla fesih nedenleri ayrı ayrı incelenmek suretiyle, geri ödeme talep hakkının muaccel olup olmadığı tespit edilmelidir.

İş güvencesi hükümleri henüz yürürlüğe girmeden önce, konu sadece haklı nedenle fesih çerçevesinde ele alınmaktaydı. Bu doğrultuda, bir görüşe göre işveren işçiye yüklenebilen bir haklı neden olmaksızın iş sözleşmesini feshederse, eğitim giderlerini talep etme hakkını da kaybedecekti. Farklı bir deyişle, işçinin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla işveren fesih hakkını kullanmış ise işçiden eğitim

⁶⁰⁹ Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.154.

⁶¹⁰ Dorth, s.298. Eğer işçinin eğitimi sona erdikten sonra, iş görme borcunu yerine getirmesi için imkân tanınmıyor ise geri ödeme klozu yine geçersiz sayılacaktır. Bu yönde bkz. Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.22.

⁶¹¹ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.445; HWK/Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.45.

⁶¹² HWK/Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.45; Soyer, **Cezai Şart**, s.379.

giderlerini geri talep edebilecekti. Yine bu görüş bakımından yukarıdaki başlıkta da belirtildiği üzere, haklı neden kavramı İş Kanunu'nda yer alan haklı nedenler ile sınırlı kabul edilmemişti. Fesih nedeninin değerlendirilmesi sonucu, işverene fesih hakkı verdiği kabul edilen her hususun haklı neden sayılması gerektiği ifade edilmekteydi⁶¹³. Zira bu görüşe göre aksi kabul halinde, İş Kanunu çerçevesinde haklı neden olarak sayılmayan işçi davranışları, işvereni eğitim giderini talep etme hakkını kaybetmemek amacıyla sözleşmeyi devam etmeye zorlayacaktı. Buna karşılık geri ödeme klotu, işçi bakımından haksız bir garantiye dönüşecekti. Bununla birlikte her somut olay bakımından işçinin davranışının fesih için haklı neden olup olmadığının değerlendirilmesi, kuşkusuz hâkim tarafından yapılmalıydı⁶¹⁴. Bu kapsamda işçinin müşterilerle anlaşamaması, sözleşmeden doğan borcunu kötü ifa etmesi, özen borcunu ihlal etmesi gibi haller nedeniyle işverenin sözleşmeyi feshetmesi, geri ödeme talep etme hakkı sağlayacaktı⁶¹⁵. Tekrar hatırlatılmalıdır ki bu görüşü ileri süren yazar, iş güvencesi ile geçerli neden kavramı henüz yürürlüğe girmeden önce bu örnekleri verdiğinden, günümüzde fesih için geçerli neden olarak görülebilecek nedenleri, haklı nedenler arasında sıralamıştır.

İş güvencesi hükümlerinin henüz yürürlüğe girmediği dönemde ileri sürülen bu görüşe göre, işverenin işletme gerekleri dolayısıyla iş sözleşmesini feshetmesi halinde, işçinin kusuru bulunmadığından geri ödeme talep etme hakkı ortadan kalkmalıdır. Zira böyle bir halde, işçinin geri ödeme yükümlülüğünün doğacağından kabul edilmesi, işçi aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bir sonuç doğuracağından, geçersiz görülmekteydi. Örneğin, işyerinde maliyetlerin artması, reorganizasyona gidilmesi, ekonomik sıkıntı nedeniyle personel planlamasında değişiklik yapılması gibi nedenlere dayalı olarak işverenin fesih yoluna başvurusu, işverenin etki alanında gerçekleşmekte olup, eğitim giderlerinin işçiden geri talep edilmesini engellemektedir⁶¹⁶.

İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra ileri sürülen bir görüşe göre ise sözleşmenin işveren tarafından feshedilmesine rağmen eğitim giderlerini talep

⁶¹³ Soyer, **Cezai Şart**, s.378.

⁶¹⁴ Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.101-102; Soyer, **Cezai Şart**, s.378.

⁶¹⁵ Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.102; aynı yazar, **Cezai Şart**, s.378.

⁶¹⁶ Soyer, **Cezai Şart**, s.378-379.

edebilmesi, işçinin fesih sebeplerinden sorumlu olmasına bağlıdır. Bu nedenle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde, İşK m.25/2’de yer alan haklı nedenlere dayanılırsa, işveren eğitim giderlerinin geri ödenmesini talep edebilecektir. Zira iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ederek, iş ilişkisini karşı taraf için çekilmez hale getiren işçinin, geri ödeme yükümlülüğünden kurtulması için herhangi bir menfaati kalmamıştır⁶¹⁷. Nitekim ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayalı haklı fesih konusunda bir yazar, Fransız Yüksek Mahkemesi kararlarından yola çıkarak, işçinin “*ağır kusur*”unu temel ölçüt olarak değerlendirmektedir⁶¹⁸. Yazar, haklı neden kavramının ise sadece İşK m.25/2 çerçevesinde yorumlanmasının ve sınırlanmasının isabetli olacağına dikkat çekmektedir⁶¹⁹.

İşveren tarafından iş sözleşmesinin İşK m.25/1’de yer alan sağlık nedenlerine, m.25/3’de yer alan zorlayıcı nedenlere ve m.25/4’de yer alan işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanmasına dayanan haklı feshi halinde, eğitim giderinin talep edilip edilemeyeceği konusu ise m.25/2’e nazaran daha farklı çözümlenmektedir. Zira işveren tarafından sayılı nedenlere dayalı haklı fesih halinde, her ne kadar işçinin hâkimiyet alanında bir fesih nedeni doğmuş olsa da işverenin yine de iş sözleşmesini sürdürmesi mümkün görülmektedir⁶²⁰. İşveren, özellikle m.25/3 ve m.25/4’de sayılı haller ortaya çıktığında fesih yoluna gitmeyip, zorlayıcı neden veya tutukluluk hali sona erene kadar askı halini sürdürerek, engelin ortadan kalkması ile birlikte işçiyi çalıştırmaya devam edebilecektir. Fakat işçinin bu nedenlere dayanarak çalışmadığı askı süresinin, eğitim gideri karşılığı olarak belirlenen çalışma süresine eklenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Dolayısıyla işçinin, sözleşmeye aykırı davranışından kaynaklanmayan bu fesih nedenleri ekseninde, işverene eğitim gideri karşılığını geri ödemesi isabetli görülmemektedir⁶²¹. Buna karşılık aynı sonuca farklı gerekçe ile varan diğer görüşe göre, İşK m.25/1 veya m.25/3’e dayalı gerçekleşen haklı fesih mevcutsa, işçinin “*ağır kusurundan*” söz edilemeyeceği için işveren talep hakkını

⁶¹⁷ Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.155; Alp, s.35; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.892.

⁶¹⁸ Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.156.

⁶¹⁹ Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.156, dn.60. Aksi yönde bkz. Soyer, **Rekabet Yasağı**, s.101-102.

⁶²⁰ Alp, s.37.

⁶²¹ Alp, s.37. Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s.892-893.

kaybedecektir⁶²². Bu görüşe göre, İşK m.25/1 kapsamında işçinin kusuru ile hastalanmasına ilişkin (a) fıkrası ise tartışılabilir niteliğe sahiptir. Fakat hükmün muğlak olması ve ispat zorluğundan yola çıkılarak, işçinin bu halde kıdem tazminatı hakkını da yitirmediği gerekçesiyle, geri ödeme yükümlülüğünün ortadan kalktığı sonucuna varılmaktadır⁶²³.

Doktrinde bir görüş tarafından, İş Kanunu m.18 uyarınca, işçinin davranışı, yeterliliği ile işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle fesih hallerinde de işçinin ağır kusuru olmadığı gerekçesi ile işverenin geri ödeme talep etme hakkının ortadan kalkacağı kabul edilmektedir⁶²⁴. Özellikle işveren tarafından işletme gerekleri ile sözleşmenin feshedilmesi halinde, işçinin fesih bakımından herhangi bir kusuru yoktur. Hatta fesih nedeni, işverenin işletmesini ilgilendirdiğinden, risk de işverenin etki alanında doğmuştur. Bu nedenle işçinin, eğitim giderini geri ödeme yükümlülüğünün ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Nitekim işçi, çalışmaya istekli bile olsa işveren tarafından bu imkân işletmesel nedene dayalı olarak elinden alınmıştır⁶²⁵.

Bir görüşe göre ise işverenin, işçinin davranışına dayalı olarak geçerli nedenle fesih yoluna gitmesi halinde, esasen haklı neden ağırlığında olmayan bir fesih nedenine dayanılmıştır. Buna karşılık işçinin davranışı, işverenin iş ilişkisine olan güvenini sarsmış ve buna bağlı olarak iş sözleşmesine devam etmesi kendisinden beklenemez hale gelmiştir. Ayrıca bu geçerli fesih nedeni, işçiden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu durumda, eğitim giderlerini işverene yüklemek adaletli olmayacaktır. Aksi halin kabulünün, işçi için haksız bir iş güvencesi oluşturacağı ve hatta davranışının ödüllendirilmesine yol açacağı da belirtilmektedir. Sonuç olarak işçinin davranışından kaynaklanan geçerli fesih hallerinde de işçiden eğitim giderini ödemesinin talep edilebileceği kabul edilmektedir⁶²⁶.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih halinde ise durum daha karmaşıktır. Zira işçinin mesleki ya da fiziksel yetersizliği her durumda işçinin

⁶²² Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.155.

⁶²³ Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.155; Erener, s.187.

⁶²⁴ Özdemir, **Eğitim Karşılığı**, s.156.

⁶²⁵ Alp, s.36.

⁶²⁶ Alp, s.35-36.

kusurundan kaynaklanmamaktadır. Buradan yola çıkıldığında doktrinde, işçinin yetersizliği bakımından kusuru olup olmamasına göre bir ayırım yapılarak çözüme ulaşılması önerilmektedir. Eğer işçinin yetersizliği bakımından şahsi bir kusuru bulunmazsa, işveren eğitim giderinin ödenmesini talep edememelidir. Aksi halin kabulü hakkaniyete ve İş Hukuku'nun gereklerine aykırı bulunmaktadır. Buna örnek olarak; işçinin hastalığı, sakatlığı ve performans düşüklüğü gösterilmektedir⁶²⁷. Buna karşılık yetersizliğin işçinin kusurundan kaynaklandığı bazı hallerde, işverenin eğitim giderini talep hakkının olduğu savunulmaktadır. Nitekim bu halde işveren, işçinin işyerinde çalışması ile elde etmeyi amaçladığı menfaati kaybetmiş olmaktadır. İşçinin kusurundan kaynaklanan yetersizliğe örnek olarak, trafik kurallarına uymaması nedeniyle sürücü belgesine el konulması verilmektedir. Fakat buradaki kusur, işçinin kendisini iş göremeyecek hale getirmesine ilişkindir. Buna karşılık esasen iş sözleşmesinden doğan borcuna aykırı davranışından ancak dolaylı olarak söz edilebilir⁶²⁸.

Sürelî fesih halinde eğitim giderini geri ödeme yükümlülüğünün muaccel olup olmayacağı konusunda ileri sürülen başka bir görüşe göre, eğitim gideri karşılığı geri ödeme yükümlülüğü öngören bu tip sözleşmeler, aslında birer asgari sürelî sözleşmedir. Dolayısıyla sözleşmenin asgari süre içerisinde, İşK m.17 ve 18'e dayanılarak feshedilmesi mümkün değildir. Eğer bu hükümlere dayanılarak fesih yoluna gidilirse, haklı bir neden olmadığından haksız fesih sayılacak ve işçi cezaî şart ödeme yükümlülüğünden kurtulacaktır. Bu görüşe göre tam aksi düşünüldüğünde, sözleşme işçi tarafından sürelî fesih ile sona erdirilir ise işveren cezaî şart (*eğitim gideri*) talep edebilecektir⁶²⁹.

İşçinin kusurundan kaynaklanmayan diğer fesih türlerinde ise kural, iş sözleşmesini fesheden işverenin eğitim giderini geri talep etme hakkını kaybetmesidir. Dolayısıyla haklı veya geçerli nedene dayanmadan iş sözleşmesini fesheden işveren, işçiden talepte bulunamayacaktır. Zira işçi, işveren tarafından ihtiyari olarak giderleri karşılanan eğitim karşılığı, işyerinde belirli bir süre çalışmayı taahhüt etmektedir.

⁶²⁷ Alp, s.37.

⁶²⁸ Bu yönde bkz. Alp, s.37.

⁶²⁹ Erener, s.188-189.

İşveren, bu süre dolmadan iş sözleşmesini işçiden kaynaklanmayan bir nedenle sona erdirir ise hem işçi eğitim giderlerini belirli süre çalışarak karşılama olanağını kaybetmektedir hem de işverenin eğitim giderinin karşılığını almakta menfaati kalmadığı sonucuna varılabilecektir. Bu nedenle işverenin haklı veya geçerli neden olmaksızın iş sözleşmesini feshetmesi halinde, işçiden eğitim giderini talep etme hakkı ortadan kalkmaktadır⁶³⁰.

Alman Hukuku'nda savunulan etki alanı teorisine göre, işveren iş sözleşmesini işçinin sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle sona erdirmiş ise işverenin geri ödeme talep etme hakkı kural olarak muaccel olacaktır⁶³¹. Yine işçinin kişiliğinden ve davranışlarından kaynaklanan fesih nedenleri de işçinin etki alanında yer aldığından geri ödeme talep hakkını geçerli kılmaktadır⁶³². Buna karşılık aksi görüşe göre, işçinin kişiliğinden kaynaklanan nedenler, işverenin fesih yoluna başvurmasına yol açmışsa yatırım riskini işverenin taşıması gerekmektedir. Nitekim işçinin, sadece kişiliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesinden doğan borcunu yerine getiremeyecek oranda nitelik eksikliğine sahip olması halinde, işçiye bu işi veren işverenin de sorumluluğundan söz edilebilecektir⁶³³. Sonuç olarak Alman Hukuku'nda genel kabul, iş sözleşmesinin sona erdirilme nedeni, işverenin etki alanında ortaya çıkmış ise işveren, artık işçiden geri ödeme talep edemeyecektir⁶³⁴.

Bir önceki başlık altında da belirttiğimiz üzere, etki alanı teorisinin kabulü Türk Hukuku bakımından da yararlı olacaktır. Zira bu teori ile fesih nedeninin kimin etki alanında ortaya çıktığına göre değerlendirme yapıldığından, özellikle her iki tarafın da fesih nedeni bakımından kusuru bulunmadığı hallerde çözüme ulaşmak kolaylaşmaktadır. Etki alanı teorisi çerçevesinde işverenin dayandığı fesih nedenlerini tek tek ele alırsak; öncelikle işverenin İşK m.25/2 kapsamında haklı nedenle feshe gittiği hallerde geri ödeme talep edebileceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla beraber bu teori uyarınca, m.25/1, 3, 4'e dayalı fesih

⁶³⁰ Alp, s.36.

⁶³¹ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.445; HWK/Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.45; Dorth, s.298.

⁶³² ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.445.

BAG, 2004 yılında verdiği bir kararda, deneme süresi içinde işverenin iş sözleşmesini feshetmesi halinde, eğer işçinin borca aykırı bir davranışı yoksa işverenin geri ödeme talep hakkını kaybedeceği yönünde sonuca varmıştır. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 24/06/2004, NZA, 2004, s.1035.

⁶³³ Dorth, s.298.

⁶³⁴ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.445; HWK/Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310, Rn.45.

halinde, her iki tarafın da fesih nedeni bakımından kusuru olmasa bile fesih nedeni işçinin etki alanında ortaya çıktığından, işveren yine geri ödeme talep edebilmelidir. Bu kabul, adalete aykırı olarak da nitelendirilmemelidir. Şöyle ki işveren, işçinin kusuru olmasa bile işçiden kaynaklanan nedenlerle, giderlerini karşıladığı eğitimin işçiye kazandırdıklarından faydalanamamaktadır. Keza eğitim gideri karşılığı geri ödeme klotunun amacı da gözetildiğinde, bu noktada işveren menfaatleri zarara uğramaktadır. Yine işçinin davranışı veya yetersizliğine dayanan geçerli nedenle fesih halinde de fesih nedeni işçinin etki alanında doğduğundan işveren geri ödeme talep edebilecektir. Buna karşılık işverenin haksız veya geçersiz nedenle feshinde, fesih nedeni kendi etki alanından doğmuş kabul edilerek bu kez geri ödeme talebi geçersiz olacaktır. Aynı sonuç, işverenin işletmesel nedenle fesih gerçekleştirmesi halinde de ortaya çıkacaktır.

c. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi İçin Anlaşma Yapılması

İş sözleşmesinin sona ermesi halinde eğitim giderlerinin işçiden talep edilmesi bakımından sözleşmenin fesih ile sona erdirilmesinin dışında, ikale yoluna başvurulması da ayrıca incelenmesi önemi haiz bir konudur. Nitekim iş sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik anlaşma yapılması halinde, esasen tarafların sözleşmenin sona ermesinde herhangi bir sorumluluğu olmadığı ifade edilebilecektir. Bu durumda anlaşma talebinin hangi taraftan geldiği veya bu husus belirlenemiyorsa, anlaşmadan kimin daha çok menfaat elde edeceğinin tespit edilmesi çözüme ulaşmak için yararlanılabilecek yöntemlerdir. Buradan yola çıkıldığında ikale talebi işçiden gelmişse veya işçinin ikaleden menfaati daha fazla ise işverenin, işçiden eğitim giderlerinin geri ödenmesini talep edebileceği savunulmaktadır. Kuşkusuz tarafların, ikale halinde eğitim giderinin talep edilemeyeceğine dair sözleşme yapmalarının önünde herhangi bir engel olmadığı da belirtilmelidir⁶³⁵. Eğer işverenin talebi üzerine ikale gerçekleşmiş ise veya işveren ikalenin sonuçlarından daha fazla menfaat

⁶³⁵ Alp, s.33.

sağlamaktaysa, işverenin eğitim giderlerinin ödenmesini işçiden talep etme hakkı ortadan kalkacaktır⁶³⁶.

Konunun Alman Hukuku boyutu ele alındığında, etki alanı teorisinin uygulanması halinde tarafların iş sözleşmesini sona erdirmek için anlaşma yapmaları bakımından nasıl bir sonuca ulaşılabileceğinin incelenmesi gerekmektedir. Doktrinde ikale halinde, sözleşmeyi sona erdirmenin nedeninin taraflardan hangisinin etki alanından kaynaklandığının tespitinin zorunlu olduğuna dikkat çekilmektedir⁶³⁷. Eğer iş sözleşmesini anlaşmalı olarak sona erdirmeye talebi işçiden gelmişse veya sona erme anlaşmasının hukuki sonuçları işçinin menfaatine ise sözleşmenin sona ermesinin, işçinin etki alanından kaynaklandığı kabul edilmektedir. Bunun sonucunda işverenin, işçiden eğitim giderinin geri ödenmesini talep hakkının muaccel olduğundan söz edilebilecektir⁶³⁸.

2. Eğitimin Tamamlanmaması veya İşçinin Eğitim Sonucunda Başarısız Olmasının Hukuki Sonuçları

İşçinin, işveren tarafından giderleri karşılanan eğitimi tamamlamaması veya eğitimi başarısızlıkla tamamlaması halinde yapılan giderlerin sözleşmenin hangi tarafına yükletilmesi gerektiği önemli bir sorun oluşturmaktadır. Doktrinde ve yargı kararlarında, genellikle işçinin eğitimi başarıyla tamamladığı olasılığı üzerinden geri ödeme yükümlülüğünün muaccel olup olmadığına yönelik değerlendirme yapılmaktadır. Fakat işçinin, eğitimi yarıda bırakması, başarısızlıkla tamamlaması veya eğitim sürerken işten ayrılması ihtimalleri önemine rağmen nadiren üzerinde durulan konulardandır⁶³⁹.

Geri ödeme yükümlülüğü kararlaştırılmasındaki amaç, işverenin giderlerini karşıladığı eğitimin sağladığı menfaatlerden işçi yararlanmadan önce, belirli bir süre iş ilişkisinin sona erdirilmesinin önüne geçilmesidir. İşverenin giderlerini karşıladığı

⁶³⁶ Alp, s.36.

⁶³⁷ Schaub/Vogelsang, ArbR-Hdb., §176, Rn.22.

⁶³⁸ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.445.

⁶³⁹ Bu konuda yazılmış bir makale için bkz. Meier, Schulz, s.742 vd.. Ayrıca bkz. Alp, s.37 vd..

eğitimin tamamlanmaması veya eğitim sonunda başarısız olunması hali de bu amaç içinde değerlendirilebilecektir⁶⁴⁰. Fakat bu noktada unutulmamalıdır ki eğitimin tamamlanmaması halinde işçi, eğitim ile amaçlanan nitelikleri henüz kazanmamıştır. Buna karşılık işveren bakımından konuya yaklaşıldığında, işçinin başlamış olan eğitimi için yapılan giderlerin geri ödenmesini talep etme doğrultusunda menfaati olduğundan söz edilebilecektir.

Eğitimin tamamlanmaması konusu, Alman Hukuku'nda bir ayırım yapılarak ele alınmaktadır. Eğer işveren tarafından giderleri karşılanan eğitim, işçinin niteliklerine uygun değilse ya da işçinin seviyesini aşan bir eğitim ise işçinin eğitimi bir an önce bırakabilmesine olanak tanınmalıdır. Ayrıca böyle bir halde işçiden, uygun olmayan eğitimin giderlerini işverene geri ödemesi beklenmemelidir⁶⁴¹. Alman Yüksek Mahkemesi kararlarında işçiye, eğitim başladıktan sonra bu eğitime devam edip etmeme konusunda karar verebilmesi için uygun bir süre verilmesi gerektiği yer almaktadır⁶⁴². Buna karşılık işçi, niteliklerine uyan bir eğitimi haklı bir gerekçe ileri sürmeden tamamlamaz ise eğitim giderlerini ödeme yükümlülüğünün doğması kabul edilmektedir⁶⁴³. Türk Hukuku'nda da isabetli olarak, Alman doktrini ve yargı kararlarındaki ilkelerin uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁶⁴⁴.

İşçinin eğitimi tamamlaması, fakat eğitim sonundaki sınavı başaramaması olasılığında, işçi yeterli hazırlığı yapmış ve gerekli ciddiyeti göstermiş olmasına rağmen sınavdan başarısız olmuş ise eğitim gideri kendisinden talep edilemeyecektir. Zira işçinin seviyesini aşan bir sınava, ödeme baskısı ile zorlanması ve başarısız

⁶⁴⁰ Meier, Schulz, s.743-744.

⁶⁴¹ Meier, Schulz, s.747.

⁶⁴² Bu yöndeki kararlar için bkz. BAG, Urteil vom 19.01.2011 - 3 AZR 621/08 (Çevrimiçi) <https://juris.bundesarbeitsgericht.de>, 02.03.2019; BAG, Urteil vom 12.12.1979 - 5 AZR 1056/77, (Çevrimiçi) <https://dejure.org>, 02.01.2018. Doktrinde bir yazar, bu hallerde de hakkaniyete aykırı bir yükümlendirme olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, eğitimin tamamlanmaması veya başarısızlıkla sonuçlanmasının kimin etki veya sorumluluk alanından kaynaklandığı önemlidir. Dolayısıyla işverenin, işçinin niteliklerini aşan taleplerine dayanan ve işçinin etki alanında yer almayan bir sebeple eğitim tamamlanamamış veya başarısız olunmuşsa, işçinin geri ödeme yükümlülüğü muaccel olmayacaktır. Bu durumda geri ödeme yükümlülüğünün muaccel olmama nedeni yargı kararında ileri sürüldüğü gibi eğitimin başlangıcında düşünme süresi verilmemesi değildir. İşveren tarafından giderleri karşılanan eğitim için işçinin niteliklerinin uygun olmamasıdır. Bunun riski ise yazara göre, işverenin üzerinde olmalıdır. Bu görüş için bkz. Dorth, s.299.

⁶⁴³ Meier, Schulz, s.747.

⁶⁴⁴ Alp, s.37-38.

olmasının sonuçlarından sorumlu tutulması adaletli görülmemektedir. Bununla birlikte işçi, kapasitesine uygun sınav için yeterli hazırlığı yapmaması nedeniyle başarısız olmuşsa, artık işveren eğitim giderlerini talep hakkına sahip olmalıdır⁶⁴⁵. Fakat bu durumu ispat etmek uygulamada oldukça güçtür⁶⁴⁶.

İşçinin, eğitim tamamlanmadan önce kendi isteği ile veya sorumlu olduğu bir nedenle iş ilişkisini sona erdirmesi halinde, eğitim giderini geri ödemesine yönelik bir yükümlülük öngörülmesi geçerli kabul edilmektedir⁶⁴⁷. Türk Hukuku'nda da bu durumda iş sözleşmesinin sona ermesinde işçinin sorumluluğu bulunup bulunmadığına göre bir sonuca ulaşılması gerektiği savunulmaktadır. Böyle bir ayrımın menfaat dengesine de uygun olacağı ifade edilmektedir. Buna göre işçi, eğitim henüz sona ermeden önce iş sözleşmesinin feshine neden olacak bir davranışta bulunmuşsa veya bir neden ileri sürmeden sözleşmeyi feshetmişse, yani fesihten sorumlu ise eğitim giderini işverene geri ödemekle yükümlü olacaktır⁶⁴⁸.

Bu konuda bir Alman Federal İş Mahkemesi kararı⁶⁴⁹ ile bu kararı isabetli bulan bir görüşe göre, bu gibi hallerde geri ödeme kloxunun geçerli olması için iki

⁶⁴⁵ Alp, s.38.

⁶⁴⁶ Meier, Schulz, s.747.

⁶⁴⁷ BGB m.307'de yer alan genel işlem koşulları hükümleri yürürlüğe girmeden önceki dönemde Meier, Schulz, eğitimin tamamlanmaması veya başarısızlıkla sonuçlanması haline ilişkin olarak değerlendirmelerini iki başlığa ayırarak yapmaktadırlar. İlk olarak, işçinin eğitimi tamamlamaması veya başarısız olmasının iş ilişkisinin devamına etki etmediği halde, geri ödeme yükümlülüğünün geçerliliği incelenmektedir. Bu halde geri ödeme talebi, eğitimin tamamlanmaması veya başarısız olmasının nedeninin ancak işçinin etki alanında ortaya çıkmasına bağlanmaktadır. İkinci olarak ise işçinin eğitimi tamamlanmamasının nedeni, iş ilişkisinin sona ermesi olarak ortaya çıkmaktadır. Hatta bu ikinci hal, işçi tarafından yapılan fesih ve işveren tarafından yapılan fesih olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. İşçi tarafından yapılan fesihte, fesih nedeni işçinin etki alanında ortaya çıkmış ise geri ödeme yükümlülüğü muaccel olacak ve işveren yaptığı giderleri geri talep edebilecektir. İşveren feshinde de eğer işveren, işçiden kaynaklanan haklı nedenle fesih yoluna başvurmuş ise geri ödeme kloxu yine muaccel olacaktır. Buna karşılık işçinin kişiliğinden veya işyerinden kaynaklı nedenler, işçinin etki alanından kaynaklanmamışsa, eğitim giderlerinin geri talep edilmesi hakkaniyete uygun bulunmamaktadır. Yazarlar, normal şartlarda, geri talep edilebilecek miktarın yüksekliği bakımından iki ölçüt olduğunu savunmaktadır. Bir yandan taraflar arasındaki sözleşmenin hükümleri dikkate alınacakken; diğer yandan işverenin fiilen yaptığı eğitim gideri üst sınır kabul edilecektir. Fakat eğitim gideri ile eğitimle kazanılacak nitelikler arasında orantı yok ise işveren tarafından fiilen yapılan giderler ile orantılanacak kısım geri talep edilebilecektir. Bu görüş için bkz. Meier, Schulz, s.747-749. İşçinin eğitim sona ermeden önce iş sözleşmesini feshetmesi halinde, işçiye sözleşmeyi devam ettirme veya sona erdirmesi konusunda ödeme baskısı olmayan uygun bir düşünme süresi verilmesi olasılığında, işveren tarafından eğitim için yapılan giderlerin geri ödenmesi talebi Alman Federal İş Mahkemesi tarafından geçerli sayılmaktadır. Bu yönde bkz. BAG, Urteil vom 20.02.1975, AP § 611 BGB, N.2.

⁶⁴⁸ Alp, s.38.

⁶⁴⁹ Bu yönde bir karar için bkz. BAG, Urteil vom 25.07.1973, 4 AZR 508/72, AP BGB 611, Nr.2.

hususla dikkat edilmelidir. İlk olarak işçinin eğitimden önce kendi yeteneği hakkında mantıklı düşünebiliyor olması ve ikinci olarak, ödeme baskısı altında olmadan, eğitimini sürdürme veya sona erdirmeye hakkında karar verebilmesi için uygun bir düşünme süresi tanınmasıdır⁶⁵⁰.

Geçerli bir geri ödeme yükümlülüğü kararlaştırılmasına rağmen, işçinin eğitiminin, süresinden önce veya başarısız şekilde sona ermesi haline ilişkin olarak sözleşmede herhangi bir düzenleme öngörülmemiş olabilir. Bu gibi hallerde tip sözleşmeler bakımından genel işlem koşulu denetimi kapsamında şeffaflık kuralı da dikkate alınmalıdır⁶⁵¹. Şeffaflık kuralı uyarınca, eğitimin tamamlanmaması veya başarısızlıkla sonuçlanması halinde, sözleşmenin hangi tarafının, hangi şartlarla eğitim için yapılan giderlerden sorumlu olacağının açıklıkla belirlenmesi gerekir⁶⁵².

⁶⁵⁰ Dorth, s.299. Almanya’da BAG tarafından bu konu ile doğrudan bağlantılı iki eski tarihli karar verilmiştir. İlkinde işçi eğitim devam ederken sözleşmesini feshetmiştir. Taraflar, sözleşmede fesih anına kadar yapılan eğitim giderleri için geri ödeme kızı kararlaştırmışlardır. BAG, uzun süreli eğitimin süresinden önce sona ermesine ilişkin olarak yapılan böyle bir sözleşmenin geçerli olmasının, tüm şartlar dikkate alındığında işçi bakımından beklenebilir olmasına ve işveren bakımından ise haklı bir menfaatin oluşmasına bağlı olduğu yönünde karara varmıştır. Mahkeme tarafından böyle bir sözleşmede işverenin, işçiye ödeme riski olmadan eğitime devam edip etmeme konusunda karar verebileceği uygun bir düşünme süresi vermesi de aranmaktadır. Bkz. BAG, Urteil vom 20.02.1975 - 5 AZR 240/74, AP Nr. 2 zu 611 BGB Ausbildungsbeihilfe. İkinci kararda ise BAG, geri ödeme kızıunun geçerliliğini, eğitim tamamlanmadan yapılan feshin işçinin etki alanına dâhil olup olmadığı noktasından ele almıştır. Bu karar için bkz. BAG, Urteil vom 12.12.1979 - 5 AZR 1056/77, (Çevrimiçi) <https://dejure.org>, 02.01.2018. LAG Köln ise daha sonraki yıllarda verdiği bir kararında BAG’ın bazı şartların varlığı halinde geri ödeme kızıunun geçerliliğini kabul ettiği kararlarının aksine bir karara varmıştır. Somut uyuşmazlıkta sözleşmede, eğitimin tamamlanmaması halinde o ana kadar işverenin yaptığı eğitim giderinin %30’nun işçi tarafından geri ödeneceğine dair geri ödeme kızıu mevcut olmasına rağmen, işçi eğitim tamamlanmadan süreli fesih yoluna gitmiştir. İşverenin, sözleşmede kararlaştırılan miktardaki eğitim giderini geri talep ettiği davada, LAG Köln talebin reddine karar vermiştir. Gerekçe olarak ise işverenin, işçinin eğitimi için fiilen yaptığı giderleri yeteri açıklıkta ortaya koymadığı gösterilmiştir. Mahkeme kararın devamında, söz konusu kızıu işçi aleyhine tek taraflı fesih sınırlandırmasına yol açtığından, cezaî şart anlaşmasında olduğu gibi, geçersiz sayılması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu karar için bkz. LAG Köln, Urteil vom 08.09.1994, 10 Sa 555/94, Meier, Schulz, s.744. Meier, Schulz, kararı değerlendirdikleri makalelerinde, LAG Köln’ün gerekçelerinin çıkış noktasının yanlış seçilmesi dolayısıyla ikna edici olmadığını ileri sürmektedir. Zira geri ödeme kızıu iki taraflı bir sözleşmede kararlaştırılmaktadır. Eğitimin tamamlanmaması halinde, esasen her iki taraf da menfaat kaybına uğramaktadır. Eğer işveren fesih yoluna giderse, yaptığı giderlerin karşılığını alamayacağından, bu kızıu ile fesih özgürlüğü sadece ekonomik nedenlerle sınırlanmaktadır. İşçi için de aynıısı geçerlidir. Dolayısıyla yazarlara göre, işçi aleyhine tek taraflı bir fesih özgürlüğü sınırlamasından söz edilemeyecektir. Bu yorum için bkz. Meier, Schulz, s.744.

⁶⁵¹ ErfK/ Preis, §611 BGB, Rn.436. Şeffaflık kuralı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, I, B, 3, b, (3), iii.

⁶⁵² Dorth, s.299.

SONUÇ

1. Sözleşmelerde sıklıkla yer alan cezaî şart kavramı, uzun geçmişine rağmen günümüzde dahi halen çözülememiş tartışmalı hususlar içermesinden dolayı önemini korumaktadır. Belirtilmelidir ki birçok kavram için olduğu gibi cezaî şarta ilişkin tartışmaların çoğunda izlenmesi gereken yol, kavramın amacı ile hukuki niteliğinin tespitinden geçmektedir. Bu bağlamda sözleşmelerde cezaî şarta yer verilmesindeki amacı, genel olarak üç başlık altında toplayabiliriz. Bunlar, güvence amacı, ceza amacı ve telafi amacıdır. Bu amaçlardan hangisinin üstün tutulması gerektiği konusunda, somut olaya ve tarafların arasındaki anlaşmaya göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Nitekim somut olayın özelliklerine veya kararlaştırılan cezaî şartın türüne bağlı olarak, cezaî şart kaydı bakımından hangi amaçların izlendiği ya da üstün tutulan amaç belirlenebilecektir. Tartışmalı hususların çözümünde diğer bir hareket noktası olarak cezaî şartın hukuki niteliği bakımından da tam bir görüş birliği yoktur. Fakat bize göre, cezaî şartın hukuki niteliğini sadece bir kalıba sokmaya çalışmak da isabetli olmayacaktır. Nitekim doktrinde ceza şartın, tazminat, ceza, sigorta veya hem ceza hem sigorta olmak üzere hukuki niteliğe sahip olduğu yönünde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Fakat somut olayın özelliklerine göre, kimi zaman ceza, kimi zaman ise tazminat niteliği ağırlıklı olarak ortaya çıkabilecektir.

2. Cezaî şartın ortaya çıkardığı hukuki sonuçların tespiti bakımından gözetilmesi gereken en önemli özelliği ise fer'i nitelikte bir borç olmasıdır. Şöyle ki asıl borç ile cezaî şart talebi arasında asli-fer'i borç ilişkisi vardır. Bu nedenle asıl borç mevcut değil ise cezaî şarttan da söz edilemez. Asıl borcun cezaî şart üzerindeki etkisi, doğumu ve devamlılığının yanı sıra sona ermesi bakımından da görülmektedir. TBK m.182/2'ye göre, asıl borç herhangi bir nedenle geçersizse ya da borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmişse, cezaî şart istenemeyecektir. Yine asıl borcun geçerli şekilde doğması; fakat ifa, takas, ibra, sözleşmeden dönme gibi nedenlerle sona ermesi halinde, cezaî şart da ortadan kalkacaktır. Cezaî şart ile asıl borç arasındaki asli-fer'i borç ilişkisi, cezaî şartın muaccelliyet anına kadar sürmektedir. Bu andan sonra ise cezaî şart bağımsız bir borç halini aldığından, farklı hukuki sonuçlara yol açmaktadır. Cezaî şart ile asıl sözleşme arasındaki bağıllık esasen tek taraflıdır. Yani cezaî şart, asıl borca bağılıdır; buna karşılık asıl borç, cezaî şartın varlığına bağlı

değildir. Bu husus, TBK m.182/2’de açıkça belirtilmektedir. Bunun sonucu olarak muaccel cezaî şartın ahlaka veya kişilik haklarına aykırılık gibi herhangi bir nedenle geçersiz olması, asıl sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir.

3. Türk ve İsviçre Hukuku’nda cezaî şart ile asıl sözleşmeden doğan borç arasındaki ilişki, öncelikle cezaî şart anlaşmasının içeriğine bağlıdır. Bu ilişki, taraflarca farklı şekillerde düzenlenebilir. Taraflar dilerse ya cezaî şartın ya da asıl sözleşmeden doğan borcun ödenmesini seçimlik olarak kararlaştırabilirler. Buna karşılık hem cezaî şartın hem de asıl sözleşmeden doğan borcun kümülatif olarak ödenmesine yönelik de hüküm getirebilirler. Son olarak taraflar, cezaî şart ile borca aykırılığın sonuçlarının ilişkisini münhasıran cezaî şart ödenmesi yönünde de belirleyebilirler. Eğer taraflar, alacaklının hangi haklara sahip olacağı konusunda herhangi bir anlaşma yapmamışlarsa, kanun hükümleri (*TBK m.179-180*) uygulama alanı bulacaktır.

4. Karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde seçimlik cezaî şartın istenebilmesi için, alacaklının, TBK m.125’de yer alan seçimlik haklarından biri olan ifadan vazgeçerek, müspet zararın tazminini isteme hakkını kullanması gerekmektedir. Daha sonra tazminat hakkı ile cezaî şart arasında seçim yapmalıdır. Buna karşılık diğer iki seçimlik hakkı olan ifa ile birlikte gecikme tazminatını ya da sözleşmeden dönme hakkını tercih eden alacaklının, artık cezaî şart isteme hakkından bahsedilemeyecektir. Nitekim sözleşmeden dönme halinde sözleşmenin tüm hükümleri geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde alacaklı, borçlunun borcunu ihlal etmesi dolayısıyla cezaî şart ödenmesini talep etmişse, daha önce borçlu tarafından ifa edilen edimi de iade etmelidir. Buna karşılık alacaklı, seçim hakkını asıl borcun ifa edilmesi yönünde kullanırsa, karşı edimi de borçluya ifa etmek zorunda kalacaktır.

5. Seçimlik cezaî şart halinde, seçim beyanının hukuki niteliği de tartışmalıdır. Bu tartışmada üç farklı görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşlerden hangisinin savunulduğunun önemi, özellikle asıl sözleşmeden doğan borcun imkânsızlaşması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu tartışmada kanaatimiz ise seçim beyanının hukuki niteliğinin seçimlik borç ya da seçimlik yetki olmadığı, bununla birlikte seçim hakkı görüşünün daha isabetli olduğu yönündedir. Zira seçimlik cezaî şartta, cezaî şart

muaccel olduktan sonra, asıl sözleşmenin ifası ve cezaî şart birbirinden bağımsız edimlere dönüşmektedir. TBK m.179/1'in lafzı da açıktır ki, alacaklı iki edim arasından seçim yapmakla “*yükümlü*” tutulmamıştır. Kanunda alacaklıya, seçimlik cezaî şart kararlaştırılması halinde seçim hakkında olduğu gibi, iki bağımsız hak arasından seçim yapma “*imkânı*” diğer bir deyişle “*hakkı*” tanınmıştır. Alacaklının seçim beyanı, değiştirici yenilik doğuran hak niteliğinde olduğundan, bu hakkını kullandıktan sonra, yaptığı seçimden dönmeyecektir.

6. TBK m.179/2'de yer alan düzenlemeye göre, borçlunun borcunu belirlenen zamanda veya yerde yerine getirmemesi halinde, alacaklı hem sözleşmenin ifasını hem de kararlaştırılan cezaî şartı “*kümülatif*” olarak talep edebilecektir. Aynı fıkarda alacaklının, ifa ile birlikte cezaî şart talep edemeyeceği, dolayısıyla yalnız ifa talebi ile yetinmesi gerektiği iki istisnai hal belirtilmiştir. Bunlardan ilki, alacaklının açıkça hakkından feragat etmesi, ikincisi ise alacaklının ifayı çekince ileri sürmeksizin kabul etmesidir. Alacaklının cezaî şart talebinden feragat etme beyanı, tek taraflı bir hukuki işlem olup, karşı tarafa varması ile hukuki sonuçlarını doğurmaktadır. TBK m.179/2'de feragat beyanının “*açık*” olması gerektiğine özellikle dikkat çekilmiştir. Bunun dışında alacaklı, belirlenen zaman veya yerde yapılan ifayı çekince ileri sürmeksizin kabul ederse, bu sefer cezaî şarttan zımnen feragat etmiş sayılacaktır. Bu nedenle alacaklı, ifayı kabul etmeden önce veya ifa sırasında cezaî şartı da talep etmeli veya ifayı kabul ederken, cezaî şart talep hakkını saklı tuttuğuna yönelik çekince ileri sürmelidir. Aksi halde cezaî şart talep etme hakkını kaybedecektir.

7. Taraflar, borca aykırılık halinde borçlunun, münhasıran cezaî şart ödemesini de kararlaştırabileceklerdir. Bu yönde yapılan anlaşma ile ortaya çıkan cezaî şarta, ifayı engelleyen cezaî şart denilmektedir. Bu durumda alacaklının, aynen ifa veya cezaî şart talep etme bakımından bir seçim hakkı mevcut değildir. Nitekim alacaklının kanunen sahip olduğu seçim hakkı, sözleşme yoluyla cezaî şart ödenmesi kararlaştırılarak ortadan kaldırılmıştır. Bu nedenle borçlunun borca aykırı davranması halinde alacaklı, münhasıran cezaî şart ödenmesini talep edebilecektir. Bununla birlikte TBK m.179/3'de ise ifayı engelleyen cezaî şarta benzeyen başka bir kurum olan dönme cezası düzenlenmiştir. Dönme cezası ile ifayı engelleyen cezaî şartın aynı kavramlar olup olmadığı konusunda doktrinde kavram karışıklığı yaşanmaktadır. Esasen bu iki

kavram birbirinden oldukça farklıdır. Nitekim iki kavram arasında en dikkat çekici farklılık, dönme cezası bakımından cezaî şartın muaccel olmasının, borçlunun sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına bağlanması noktasında görülmektedir. İfayı engelleyen cezaî şart halinde ise cezaî şartın talep edilebilmesi için borçlunun sözleşmeden dönmesi aranmamaktadır. İfayı engelleyen cezaî şartta sadece, alacaklının cezaî şart muaccel olduktan sonra seçim hakkı ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla borçlunun, borca aykırı davranması halinde alacaklı, sadece cezaî şart ödenmesini talep edebilecektir.

8. Cezaî şart bakımından yargı kararlarına da sıklıkla konu olan en önemli husus miktarının aşırı belirlenmesi halidir. Nitekim TBK m.182/1 uyarınca taraflar, cezaî şart miktarını serbestçe belirleyebilirler. Bu nedenle henüz sözleşme kurulurken kararlaştırılan cezaî şartın, belki de yıllar sonra makul miktarda belirlenip belirlenmediği tespit edilebilecektir. Dolayısıyla cezaî şartın, miktar olarak aşırı belirlenme ihtimali her zaman vardır. Kanun koyucu, genel hükümlerde yer alan sözleşme serbestisine dair sınırlamaların yanı sıra, cezaî şartın aşırı belirlenmesi haline özgü olarak TBK m.182/3’de hâkime aşırı gördüğü cezaî şartı resen indirme yetkisi tanımıştır. Bu düzenleme ile kanun koyucu, taraflar arasında menfaat dengesinin adil şekilde sağlanması ve ekonomik olarak güçsüz olan tarafın korunması adına, esasen aşırı cezaî şart bakımından ahde vefa ilkesine istisna getirmiştir. Hâkimin aşırı miktardaki cezaî şartı indirim yetkisi, sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlamadır. Keza bu hüküm yoluyla, tarafların serbestçe cezaî şart miktarı belirleme özgürlükleri sınırlandırılmaktadır. Bu hüküm, kamu düzeni gereği emredici bir hükümdür.

9. Hâkimin aşırı miktardaki cezaî şartı indirim yetkisi bakımından TTK m.22’de tacirler için istisna tanınmıştır. Fakat Türk Ticaret Kanunu’ndaki hükme rağmen doktrinde ve yargı kararlarında, cezaî şartın tacirin ekonomik mahvına neden olacak derecede yüksek olması halinde, hâkimden indirim talep edilebileceği savunulmaktadır. Bununla birlikte tacirin ticari kişilik hakkını zedeleyecek oranda yüksek cezaî şart belirlenmesi halinde, hukuki sonuç olarak TBK m.27/2 mi yoksa TBK m.182/3 mü uygulanmalı konusu önem arz etmektedir. Kanaatimizce tacir bakımından cezaî şartın miktarının aşırılığı halinde, ahlaka aykırılık maddesi olan TBK m.27 dayanak alınmamalıdır. Böylelikle tacir olmayanlar için TBK m.182/3

uyarınca hâkim, aşırı miktardaki cezaî şartı tamamen ortadan kaldıramayıp sadece indirim yapabilecekken; basiretli olması gereken tacir için TBK m.27/2'ye dayanarak cezaî şart ödeme borcundan kısmen ve hatta tamamen muaf tutacak bir sonuca varılmamış olacaktır. Dolayısıyla cezaî şartın miktarının tacirin ekonomik olarak mahvına neden olacak oranda olup olmadığı, TBK m.182/3 uyarınca hâkimin indirim yetkisini kullanırken “ *tarafların ekonomik durumları*” kapsamında dikkate alacağı bir ölçüt olarak kabul edilmelidir. Bu kabul ile sözleşme hükmünün ayakta tutulacağı bir sonuca da ulaşılmış olacaktır.

10. Hâkim, cezaî şartın aşırı olup olmadığını takdir etme yetkisine sahiptir. Fakat miktarı aşırı bulursa, indirim yapıp yapmamakta serbest değildir. Bununla birlikte kanun koyucu, hâkimin takdir hakkını kullanması için herhangi bir ölçüt de getirmemiştir. Hâkim, her somut olayın özelliklerini ele alırken, adalet ve hakkaniyet sınırlarında kalarak, cezaî şartın aşırı olup olmadığını takdir etmelidir. Ancak hâkim, cezaî şartı tamamen ortadan kaldırmayacak şekilde takdir hakkını kullanmalıdır.

11. Cezaî şart miktarının aşırılığının tespiti bakımından genel ve soyut ölçütler getirilmesi mümkün değildir. Keza İsviçre ve Alman Hukuku'nda da bu amaçla getirilmiş bir düzenleme olmadığı gibi, böyle bir düzenleme öngörülmesinin mümkün olmadığı da belirtilmektedir. Yine de Mahkeme içtihadı çerçevesinde uzun bir zaman zarfı içinde ortaya çıkan ve doktrinde de kabul edilen, hâkime takdir hakkını kullanırken yardımcı olabilecek birtakım ölçütlerden söz etmek mümkündür. Bunlar ise alacaklının asıl edimin ifası ile cezaî şart miktarı arasındaki menfaati, borçlunun elde ettiği menfaatler, asıl sözleşmenin ihlalinin ağırlığı, tarafların kusuru ve özellikle alacaklının birlikte kusuru, tarafların ekonomik durumları, asıl sözleşmenin türü ve süresi ve tarafların ticari deneyimleri gibi asıl sözleşme ile ilişkili diğer haller olarak sayılabilir. Şüphesiz bu ölçütler, sınırlı sayıda değildir. İşçinin belirli süre çalışmasına bağlanan cezaî şartın varlığı halinde, hâkimin indirim yetkisini kullanırken orantı kurma yoluna gittiği yönünde yargı içtihadı da dikkat çekmektedir. Fakat kanaatimizce çalışılan süre ile orantı kurularak cezaî şarttan indirim yapılması, her uyuşmazlık bakımından mutlak bir ölçüt olarak değerlendirilmemelidir. Somut olayın özelliklerine bakılarak, sadece bir indirim ölçütü olarak dikkate alınmalıdır.

12. Sözleşme kurulurken miktarı belirlenen cezaî şartın, muacceliyet anında aşırı olduğu tespit edilebileceği gibi, ortaya çıkan zarara nazaran az hesaplanmış olması da mümkündür. İşte cezaî şartın, ortaya çıkan zarardan az belirlenmiş olması haline yönelik olarak kanunda bir düzenleme öngörülmüştür. Cezaî şart miktarını aşan bir zarar ortaya çıkmışsa alacaklı, TBK m.180/2 uyarınca bu zararın tazminini de talep edebilecektir. Ancak TBK m.180/2 gereği, eğer aşkın zarar talep edilecekse kanunda sayılı şartların da bulunması gerekir. Öncelikle aşkın zararın talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması ve alacaklının, bu zarar bakımından borçlunun kusurunu ispat etmesi aranmaktadır. Aşkın zararın talep edilebilmesi için aranan diğer şart ise cezaî şart miktarını aşan bir zarar ortaya çıkmasıdır. Alacaklı, cezaî şart talebinin yanı sıra zararın tamamını tazmin ettiremeyecektir. Alacaklı, bu hüküm kapsamında sadece cezaî şart miktarını aşan kısmı talep edebilecektir. Dolayısıyla ortaya çıkan tüm zarardan, cezaî şart mahsup edilerek, aşkın zarar miktarı tespit edilecektir. Bununla birlikte aşkın zarar tespitinde, alacaklının ifa etmekten kurtulduğu karşı edim de dikkate alınmalıdır.

13. Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, İş Hukuku'nda cezaî şart kavramının incelendiği bir çalışmada, iş sözleşmesinde genellikle genel işlem koşulu olarak düzenlenen cezaî şartın geçerliliği konusunun ele alınması bir zorunluluk haline gelmiştir. Zira genel işlem koşulları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ila 25. maddelerinde tüm özel hukuk ilişkilerini kapsamına alacak nitelikte açık bir düzenlemeye kavuşmuştur. İş Kanunlarında özel bir düzenleme yer almadığından, İş Hukuku'nda genel işlem koşulu niteliği taşıyan tip iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler ve işyeri uygulamaları da bu düzenlemenin kapsamına girmektedir. Türk Hukuku'nda, tip iş sözleşmesi içinde düzenlenen cezaî şart, genel işlem koşulu denetimine tâbidir. Genel işlem koşullarının denetlenmesinde, Türk Hukuku'nda üç aşamalı bir denetim süreci öngörülmüştür. İlk aşama olarak öngörülen yürürlük denetimi, TBK m.21 ve m.22'de düzenlenmektedir. Bu aşamada genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dâhil olup olmadığı incelenmektedir. TBK m.21 ve 22'de öngörüldüğü üzere bu aşamayı geçemeyen genel işlem koşulları, yaptırım olarak yazılmamış sayılacaktır. TBK m.23'de yer alan yorum denetiminde, yürürlük denetimi sonucu sözleşmenin içeriği haline geldiği tespit edilen genel işlem koşulunun, açık ve anlaşılır olup

olmadığı veya birden çok anlama gelip gelmediği ele alınmaktadır. Eğer genel işlem koşulu açık veya anlaşılır bulunmazsa, düzenleyenin aleyhine yorumlanmaktadır. TBK m.23'deki yorum denetimi sonucu, genel işlem koşulu açık ve anlaşılır bulunursa, artık TBK m.24 ve m.25'de yer alan içerik denetimi aşamasına, son denetim mekanizması olarak geçilebilecektir. Denetim süreci içerisinde en önemlisi olarak görülebilecek olan içerik denetiminde, ilk iki denetim aşamasını da geçen genel işlem koşulu hükmünün içeriğinin, dürüstlük kuralı çerçevesinde hâkim tarafından incelenmesi sağlanmaktadır.

14. Genel işlem koşulu olarak cezaî şartın geçerliliği, Almanya'da Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi Kanunu yürürlüğe girdikten sonra neredeyse cezaî şarta ilişkin tek inceleme konusu haline gelmiştir. Nitekim Alman Hukuku'nda BGB m.309/6 uyarınca, sözleşmede cezaî şart kararlaştırılması hâkimin değerlendirme yapması aranmaksızın yasak olarak düzenlenmiştir. Fakat kanunun diğer maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, tip iş sözleşmelerinde kararlaştırılan cezaî şartın bazı hallerde geçerli olacağı hâkim görüştür. Şöyle ki BGB m.310/4'ün ikinci cümlesi gereği İş Hukuku'nda geçerli olan özel düzenlemeler uygun olduğu ölçüde dikkate alınacaktır. Bu kapsamda ZPO m.888/3 uyarınca işçi, mahkeme kararı ile bile olsa iş görme edimini yerine getirmeye zorlanamayacağından, bu düzenleme İş Hukuku'nda geçerli olan özel düzenleme olarak kabul edilmektedir. Bu maddeye dayanılarak, işçinin iş görmeye haksız olarak başlamaması veya iş görmeyi haksız şekilde bırakması halinde cezaî şart kararlaştırılması geçerli görülmektedir. Kuşkusuz bu halde de iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart genel içerik denetimi kapsamındadır.

15. Alman Hukuku'nda bahsi geçen Reform Kanun sonrası, işçilerin tüketici sayılması suretiyle kanunda tüketiciler için öngörülen genel işlem koşullarına ilişkin koruyucu düzenlemelerin işçilere de uygulanması görüşü, hem doktrin hem de yargı kararlarında son yıllarda oldukça baskın hale gelmiştir. Türk Hukuku bakımından da işçinin tüketici sayılıp sayılmayacağı ve dolayısıyla tüketicilere yönelik düzenlenen, haksız şartların içerik denetimine ilişkin koruyucu hükümlerden yararlanıp yararlanamayacağı konusu bakımından tüketici kavramı önem arz etmektedir. 6502 sayılı TKHK m.3/1, k'de tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdaki mesleki faaliyet kavramından yola çıkıldığında,

işçinin bir iş organizasyonu içerisinde ücret karşılığı iş görme edimini yerine getirdiği ve işverene bağımlı olarak mesleki faaliyette bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla mevcut kanuni düzenlemeler ışığında, Alman Hukuku'ndan farklı olarak, hukukumuzda işçinin tüketici olarak kabul edilmesi mümkün görülmemektedir. Bu nedenle tüketicilere münhasıran kanunda yer alan haksız şarta ilişkin içerik denetimi hükümleri, bir kanun değişikliği yapılmasına kadar işçiler bakımından uygulama alanı bulmamalıdır.

16. İş sözleşmesinde cezaî şart konusu, her ne kadar uygulamada ve yargı kararlarında genellikle sözleşmenin fesih halinde önem arz etse de tarafların sözleşmeden doğan borçlarına aykırı davranışları bakımından da kararlaştırılabileceği belirtilmelidir. İşçinin, iş ilişkisinden doğan borca aykırı davranması halinde, cezaî şart hükümleri, TBK m.420'deki işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağı da dikkate alınmak suretiyle geçerlidir. Zira işçinin borca aykırı davranışı halinde, çoğu zaman işverenin de kanuni sorumluluk hükmü dışında korunması gerekmektedir. Bu ihtiyaçla, özellikle sır saklama ve rekabet etmeme borcuna aykırı davranılması halinde karşılaşılmaktadır. Aynı şekilde işverenin iş sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getirmemesi haline yönelik olarak da cezaî şart kararlaştırılması mümkündür. Örneğin ücretin kısmen veya tamamen ödenmemesi hali için sözleşmede cezaî şart kararlaştırılabilecektir. Zira bu durumda kanunda cezaî şart kararlaştırılmasını engelleyen herhangi bir düzenleme de mevcut değildir. Buradaki cezaî şart, genellikle ücretin belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemesine ilişkin olacağından, ifaya eklenen cezaî şart olarak karşımıza çıkacaktır.

17. Sözleşme taraflarının fesih hakkını etkileyen cezaî şarta yönelik olarak ise Anayasal sözleşme ve girişim özgürlüğünün korunması amacıyla kanunda çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Bu nedenle belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde cezaî şartın geçerliliğinin incelenmesi bakımından öncelikle feshe hâkim olan çeşitli ilkeler kapsamında değerlendirme yapılması önemlidir. Bu bağlamda iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın geçerliliği, özellikle fesih özgürlüğü ilkesi ile fesihte eşitlik ilkesi gözetilerek ele alınmalıdır. Nitekim uyuşmazlıkların çözümünde, fesih özgürlüğü ilkesi ve sınırları bağlanma noktasını oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra iş sözleşmesi özelinde fesihte eşitlik ilkesi, yani İş Hukuku'ndaki görünümü olarak işçi aleyhine tek

tarafli cezaî şart yasağı, cezaî şartın geçerliliğini doğrudan etkilemektedir. Bu değerlendirme sonucunda, belirsiz süreli iş sözleşmesinde, hakkın özüne dokunmamak, yani belirli-asgari bir süre ile sınırlı olmak ve karşılıklı olmak şartıyla haklı nedenle fesih dışındaki fesihlere yönelik cezaî şart kararlaştırılması geçerli görülebilecektir.

18. Belirsiz süreli iş sözleşmesinde geçerli olarak kararlaştırılan cezaî şart ile feshe bağlanan diğer hukuki yaptırımların ilişkisinde önem arz eden ölçütler, bu yaptırımların hukuki niteliği ve amacının cezaî şart ile örtüşüp örtüşmediğidir. Bu çerçevede hareket edildiğinde, seçimlik cezaî şart bakımından feshe bağlı olan hukuki sonuçlar ile cezaî şartın birbirlerine alternatif oldukları tespit edilirse, ya cezaî şart ya da bu hukuki sonuçlar talep edilebilecektir. Buna karşılık cezaî şart ile diğer hukuki sonuçlar birbirlerine alternatif yaptırımlar değil ise feshe bağlanan sonuçlar ile birlikte, ya cezaî şart ya da borcun ifası yerini alan zararın tazmini talep edilebilecektir. İşte bu esas gözetilerek yapılacak değerlendirme sonucu, feshe bağlanan tüm hukuki sonuçlar ile cezaî şart ilişkisi bakımından ortaya çıkabilecek sorunlar çözümlenebilecektir.

19. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshine ilişkin olarak kanunda yer alan mutlak emredici hükümler de göz ardı edilmemelidir. Özellikle İşK m.21/son, iş güvencesine tâbi işçilerin iş sözleşmesinin geçersiz veya haksız feshinde cezaî şartın geçerliliğine etki etmektedir. Nitekim bu hüküm yoluyla işverenin geçersiz veya haksız feshinin hukuki sonuçlarına yönelik açık bir sınırlama getirilmiştir. Bu yaptırımlar ne işçi lehine ne de aleyhine değiştirilebilir niteliktedir. Aksi bir kabul hem hükmün amacına aykırı olacaktır hem de kanundaki hükmün dolanılmasına yol açacaktır. Bu işçiler için toplu iş sözleşmesinde cezaî şart belirlenmesi halinde ise toplu iş sözleşmesi özerkliğine bir gerekçe olarak dayanılmamalıdır. Zira kanunda yer alan mutlak emredici düzenlemenin aksine bir kararlaştırma yapmaya, toplu iş sözleşmesi tarafları zaten yetkili değildir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesi ile iş güvencesine tâbi işçilere cezaî şart ödenmesinin kararlaştırılması, yine düzenlemenin mutlak emredici niteliği dolayısıyla mümkün değildir.

20. Son yıllarda yargı kararları ile doktrinde en çok tartışılan husus, belirli süreli iş sözleşmesinin objektif neden yokluğundan belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılması

halinde sözleşmede yer alan cezaî şartın geçerliliğidir. Bu konu hakkında içtihadı birleştirme başvurusu yapılmıştır. Fakat Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı verilmiş olsa da çalışmamız sırasında halen gerekçeli karar Resmi Gazete’de yayınlanmamıştır. Belirsiz süreli sözleşmede tarafların hakkın özüne dokunmamak ve belirli bir süre ile sınırlı olmak şartıyla, haklı nedenle fesih dışındaki fesihlere yönelik cezaî şart kararlaştırılmasının geçerli görülmesi yönündeki görüşümüzü açıklamıştık. Bu nedenle belirli süreli sözleşmenin objektif neden yokluğundan belirsiz süreli sözleşme sayılması halinde de bu çerçevede yorum yapılması kendi içinde tutarlı olacaktır. Keza bu durumda belirsiz süreli sözleşmenin feshinin belirli bir süre için cezaî şart kararlaştırılarak sınırlandırılmış olduğu kabul edildiğinde, bu taahhüde aykırı davranılarak haksız fesih yapılması sözleşmeyi sona erdirecektir. Zira fesih hakkı, cezaî şart ile sadece sınırlandırılmıştır, ortadan kaldırılmamıştır. Dolayısıyla fesih gerçekleştirilmesi durumunda, belirsiz süreli sözleşmenin sona ermesine ilişkin hukuki sonuçlar ile seçimlik ya da ifaya eklenen cezaî şart kararlaştırılmış olmasına göre yaptırım uygulanacaktır. Bu nedenle işçi, iş güvencesine tâbi olsun ya da olmasın, en azından ihbar ve kıdem tazminatı ile birlikte cezaî şart talep edebilecektir.

21. Toplu iş sözleşmesinde tarafların, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir yansıması olan toplu sözleşme özerkliği gereği, hem normatif hem de tarafların hak ve borçlarına ilişkin bölümlerinde cezaî şart kararlaştırabilmeleri mümkündür. Böylelikle cezaî şart kararlaştırılması yoluyla bir yandan sözleşmenin ihlal edilmesinin önlenmesine yönelik bir yaptırım getirilmiş olmakta, diğer yandan ise sözleşme otoritesi sağlanmaktadır. Toplu iş sözleşmesinde düzenlenen cezaî şart bakımından kanunda herhangi bir özel düzenleme mevcut olmadığından, cezaî şarta ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

22. Toplu iş sözleşmesinde yer alan cezaî şartın aşırı miktarda belirlenmesi halinde, kanaatimizce TBK m.182/3’de yer alan, hâkimin indirim yetkisini kullanması bakımından herhangi bir engel yoktur. Toplu sözleşme özerkliğine dayanılarak aksinin savunulması da bize göre isabetli görülmemektedir. Nitekim toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi üzerindeki emredici ve doğrudan etkisi dolayısıyla bireysel iş sözleşmesine nazaran özellik arz etse de, nihayetinde hukuken sadece bir “sözleşme”dir. Bu nedenle kamu düzeni ile kanunun emredici hükümlerinin uygulama alanına dâhildir.

Dolayısıyla emredici niteliği haiz TBK m.182/3, toplu iş sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulmalıdır. Fakat cezaî şart yoluyla bireysel sözleşme tarafları için kararlaştırılan yükümlülüklerin ihlalinin yaptırıma bağlanmasının amaçlandığı, aşırı cezaî şartta indirim için takdir yetkisini kullanan hâkim tarafından bir ölçüt olarak gözetilmelidir.

23. İş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olan rekabet yasağının ihlal edilmesi halinde, işverenin zararın tazminini veya belirli şartlar ile yasağa aykırı davranışa son verilmesini talep etme hakkı vardır. Bu iki yaptırımın dışında, rekabet yasağının ihlali için daha etkin bir yol olarak sözleşmede cezaî şart kararlaştırılması da mümkündür. Rekabet yasağının ihlali halinde ortaya çıkan zararın ispatı oldukça güç olduğundan, genellikle işveren tarafından sözleşmeye cezaî şart konulması tercih edilmektedir. Cezaî şart yoluyla rekabet yasağı borcunun yerine getirilmesine yönelik olarak işçi üzerinde baskı kurulacaktır. Ayrıca rekabet yasağının ihlali halinde hem ortaya çıkan zararın tespitinin güçlüğü hem de ispat için gereken verilerin çoğunlukla işveren nezdinde olmayacağı dikkate alınarak, zararın ispatı şartı aranmayan cezaî şarta rekabet yasağı sözleşmelerinin hemen hemen hepsinde yer verilmektedir. Rekabet yasağının ihlali hali için kararlaştırılan cezai şartın niteliği uyarınca, işçi aleyhine tek taraflı cezai şart yasağına aykırılık da oluşturmamaktadır.

24. Rekabet yasağı halinde cezaî şart için TBK m.446/2’de cezaî şarta ilişkin TBK m.179 ve devamı hükümlerinde yer alan genel düzenlemeden farklı bir düzenleme getirilmiştir. Zira kanun koyucu, rekabet yasağının işçinin Anayasal haklarını kısıtlamasının yanı sıra, işverenin menfaatleri açısından önemini de dikkate almıştır. Bununla birlikte kanunda, Alman Hukuku’ndan farklı olarak iki düzenleme arasında bağlantı kurulmaması çeşitli soru işaretlerine neden olabilecektir. TBK m.446/2, rekabet yasağı bakımından özel bir hüküm olduğundan, TBK m.179 ve devamı hükümleri ancak özel hükmün kapsamı dışında kalan alana yönelik düzenleme getirebilecektir. Dolayısıyla TBK m.446/2’nin, rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılan cezaî şart bakımından uygulama önceliği mevcuttur. Nitekim genel hükümlerden farkı olarak TBK m.446/2’de, işçiye özel bir hak tanınmıştır. Baştan belirtilmelidir ki bu imkân, dönme cezasından da farklı niteliktedir. Buna göre, yasağa aykırı davranış bir cezaî şarta bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa

işçi, kararlaştırılan miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilecektir. Bu hüküm kapsamında düzenlenmeyen konularda, uygun düştüğü ölçüde genel hükümde yer alan kurallar uygulama alanı bulacaktır. Örneğin rekabet yasağının ihlali için kararlaştırılan cezaî şartın aşırı miktarda olması halinde, TBK m.182 uyarınca hâkim yine indirim yetkisine sahiptir. Fakat bu yetkiye dayalı olarak bir indirim yapıldıktan sonra, doktrinde savunulduğu üzere bir de sözleşme süresi ile orantılı bir indirim yapılması, hatta bu indirimin bir ölçüt olarak değil, her halde mutlak bir kuralmış gibi uygulanması kanaatimizce isabetli değildir. Dolayısıyla bu husus, diğer ölçütler ile beraber değerlendirilerek, sadece cezaî şartın aşırılığının tespitinde dikkate alınabilecek bir ölçüt olarak görülmelidir.

25. Rekabet yasağının ihlaline yönelik kararlaştırılan cezaî şartın muacceliyeti, menfi bir edim olan rekabet yasağına uyulmaması halinde gerçekleşmektedir. Cezaî şartın muaccel olmasına yol açan hallerin cezaî şart anlaşmasından açıkça tespit edilebilmesi sözleşme kaydının geçerli olması bakımından yararlı olacaktır. Örneğin, sözleşmede açıkça tek seferlik ihlalin, devam eden ihlalin, bağımsız ihlalin, her bir ihlal halinin ne anlama geldiğine yer verilmesi uyuşmazlıkları büyük ölçüde önleyebilecektir. Aksi halde hâkimin, uyuşmazlık halinde bir çözüme ulaşabilmesi için yorum metotlarına başvurması gerekecektir. Bu halde, kanaatimize göre, işçi lehine yorum ilkesi yerine, sözleşmenin her iki tarafının menfaatlerinin ve hükmün amacının da gözetildiği bir yorum metodu tercih edilmesi isabetli olacaktır. Bu yorum yapılırken, cezaî şartın miktarı ile karşı edim kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı hususları ölçüt olarak ele alınabilecektir.

26. İş Hukuku'nda cezaî şart bakımından ele alınması gereken son bir konu ise eğitim gideri karşılığı geri ödeme klotlarıdır. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, işçinin mesleki eğitimi için yapılan giderlerin işçiden geri alınmasına yönelik olarak kararlaştırılan sözleşme hükmünün, işçi aleyhine tek taraflı cezaî şart yasağının bir diğer istisnası olarak kabul edildiği görülmektedir. Zira cezaî şartın karşılığının işveren tarafından ödenen eğitim gideri olduğu belirtilmektedir. Fakat sözleşmede yer alan bu hükmün hukuki niteliği konusunda, hem yargı kararlarında hem de doktrinde görüş birliği yoktur. Kanımızca, eğitim gideri karşılığı olarak belirlenen süreden önce işçinin etki alanında ortaya çıkan feshe bağlanan geri ödeme talebi, cezaî şart kavramı ile tam

olarak örtüşmemektedir. İki kavram arasında en önemli farklılık ise miktar ve ispat konularında görülmektedir. Cezaî şart, miktar yönünden herhangi bir üst sınıra tâbi değildir. TBK m.182/3 uyarınca, aşırı belirlenmesi halinde sadece hâkimin indirim yetkisi vardır. Keza cezaî şartın talep edilmesi için ne zararın varlığının ne de miktarının ispatlanmasına ihtiyaç vardır. Bununla birlikte eğitim gideri karşılığı geri ödeme klotunda talep edilebilecek miktarın üst sınırı, öncelikle işverenin fiilen yaptığı ve işçinin eğitime özgülediği gider kalemlerinin toplamıdır. Bununla beraber diğer bir sınır ise sözleşmede taraflarca belirlenen miktardır. Ayrıca işverenin, fiilen yaptığı giderleri kalem kalem ispat etmesi de beklenmektedir. Hal böyleyken eğitim gideri karşılığı geri ödeme klotu, esasında amaç bakımından cezaî şart ile benzerlikler içerse de birbirinden oldukça farklı kavramlardır. Fakat geri ödeme klotuna ilişkin kanunda bir hüküm yer almaması nedeniyle, uygun düştüğü ölçüde cezaî şarta ilişkin kanuni düzenlemelerin kıyasen uygulanması makul bir çözüm olacaktır. Şu halde sözleşmede eğitim gideri karşılığı geri ödeme klotu dışında, bu klot ile örtüşmeyen alanlarda ayrıca cezaî şart belirlenmesinde sakınca yoktur. Bu noktada cezaî şart bakımından TBK m.420 dikkate alınmalıyken, geri ödeme klotunun karşılığı zaten eğitim gideri olduğundan bu hükme başvurulmasına gerek yoktur.

KAYNAKÇA

Akcaal, Mehmet:

Sözleşme Sonrası Sorumluluk: Sözleşme Sonrası Yükümlülüklerin İhlalinden Doğan Sorumluluk, Konya, Sayram Yayınları, 2018.

Akkayan Yıldırım, Ayça:

“Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **İÜHFİM**, C.61, S.1-2, 2003, s.357-414.

Akman, Sermet:

“Genel İşlem Şartları”, **Günümüzde Yargı**, Mart 1979, S.35, s.13-18 (*Genel İşlem*).

Akman, Sermet:

“Tehlikeli ve Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu”, **İÜHFİM**, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, 1976, s.423-436.

Akman, Sermet:

Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti, 1976,

Akyiğit, Ercan:

“Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.22, Haziran 2011, s.32-45 (*Ölüm*).

Akyiğit, Ercan:

Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.

Akyol, Şener:

Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976.

Alp, Mustafa:

“İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının**

- Değerlendirilmesi 2013**, İstanbul, Mess, 2015, s.177-258 (*Değerlendirme 2013*).
- Alp, Mustafa: “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart ve İş Akdinin Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2010, s.28-40.
- Alp, Mustafa: “İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları”, **Legal İSGHD**, 2008/17, s.27-46 (*İkale*).
- Alp, Mustafa: **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005 (*Sözleşmenin Değiştirilmesi*).
- Alpagut, Gülsevil: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Yayını, 2016, s.1-79 (*Değerlendirme 2014*).
- Alpagut, Gülsevil: “Belirli Süreli, Asgari ve Azami Süreli İş Sözleşmelerinin Kurulması ve Hükümleri”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar**, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, s.101-135 (*Asgari ve Azami*).
- Alpagut, Gülsevil: “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.25, Mart 2012, s.23-32 (*Sadakat Borcu*).

Alpagut, Gülsevil:

“İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010**, Ankara, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, Başbakanlık Basımevi, 2012, s.1-81 (*Değerlendirme 2010*).

Alpagut, Gülsevil:

“Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, **Legal İSGHD**, 2011/31, s.913-959 (*Türk Borçlar Kanunu*).

Alpagut, Gülsevil:

“Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi ve Esneklik Çerçevesinde Yeni Eğilimler”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C.II, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Beta, 2011, s.1493-1544 (*Yeni Eğilimler*).

Alpagut, Gülsevil:

“Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayrım Yasağı ve Oransallık İlkesi”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, C.I, İstanbul, Beta, 2010, s.25-44 (*Ayrım Yasağı*).

Alpagut, Gülsevil:

“İşletme Gerekleri İle Fesih Kavramı ve Hukuki Sonuçları”, **III. Çalışma Yaşamı Kongresi, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları ve İş Mevzuatı**, Ankara, Ziraat Grup Matbaası, Ankara 2010, s.124-134 (*İşletme Gerekleri*).

Alpagut, Gülsevil:

“İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale Sözleşmesi)”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Toplantı**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s.19-52 (*Sözleşmesel Kayıtlar*).

Alpagut, Gülsevil:

“İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2007, s.13-21 (*Asgari Süreli Sözleşme*).

Alpagut, Gülsevil:

“İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005**, Ankara, Türk-İş Yayını, 2007, s.73-121 (*Değerlendirme 2005*).

Alpagut, Gülsevil:

“Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi ve İfa İmkânsızlığı”, **Legal İSGHD**, 2005/6, s.655-664 (*İfa İmkânsızlığı*).

Alpagut, Gülsevil:

“4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Mess Mercek Dergisi**, Ocak 2004, s.73-91 (*4857 sayılı Yasa*).

Alpagut, Gülsevil:

“Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001**,

- Ankara, Kamu-İş, 2003, s.89-149
(*Değerlendirme 2001*).
- Alpagut, Gülsevil: **:Toplu İş Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi**, İstanbul, Kansu Matbaacılık, 2002 (*İşlem Temeli*)
- Alpagut, Gülsevil: **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, İstanbul, Mavi Matbaacılık, 1998 (*Belirli Süreli*).
- Altop, Atilla: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları”, **Prof. Dr.Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul, Çizgi Basım Yayın Ltd. Şti., 2007, s.254-260.
- Annuß, Georg: “AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Wo geht die Reise hin?”, **Betriebs-Berater Zeitschrift**, 2002, s.458-463.
- Antalya, Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Borçların İfası-Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları**, C.III, 2. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018 (*C.III*).
- Antalya, Gökhan: **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.I, İstanbul, Beta, 2012.
- Arıcı, Kadir: “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, Haziran 1997, s.31-45.

Arıkan, Mustafa:

“6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları”, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s.69-74.

Arsebük, Esat:

Borçlar Hukuku, C.I-II, 3. bs., Ankara, Güney Matbaacılık, 1950.

Arslan, Seda:

İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul, On İki Levha, 2012.

Arslan Ertürk, Arzu:

Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul, On İki Levha, 2010.

Arslanlı, Halil:

Ticari Bey, 3. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1952.

Astarlı, Muhittin:

“İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**, İstanbul, On İki Levha, 2017, s.211-383 (*Değerlendirme 2015*).

Astarlı, Muhittin:

İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi), 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.

Atabek, Reşat:

İş Akdinin Feshi, İstanbul, Arkadaş Basımevi, 1938.

Atamer, Yeşim:

“Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar**, 8 Nisan 2011, Ankara, BATİDER, 2012, s.9-73 (*Genel İşlem Koşulları*).

Atamer, Yeşim:

“Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.291-331 (*Yeni Açılımlar*).

Atamer, Yeşim:

Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. bs., İstanbul, Beta, 2001.

Ayan, Serkan:

“Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **AÜHFĐ**, 2005/4, s.431-487.

Aydoğdu, Murat:

Genel İşlem Koşulları Şerhi (Türk Borçlar Kanunu Madde 20-25), Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

Aydoğdu, Murat:

Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014 (*Haksız Şartların Denetimi*).

Aydoğdu, Murat:

“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağın, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, s.571-621 (*Kişi Bakımından Uygulama*).

Aydoğdu, Murat:

“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, **DEÜHFD.**, C. 13, S. 2, 2012, s. 1-50.

Ayiter, Nûşin:

“Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Feri Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi”, **Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz hâtırasına Armağın**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1958, s.463-479.

Aykaç, Hande Bahar:

“Bireysel İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezai Şart”, **Legal İSGHD**, C.13, S.50, 2016, s.699-762.

Bakırcı, Kadriye:

“İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2006, s.114-121.

Bakırcı, Kadriye:

“Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıç**

Utkan Araslı'ya Armağan, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara, ÇMİS, 2004, s.159-210 (*Değerlendirme 2002*).

Baskan, Esra:

“Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılmasına İlişkin Türk Borçlar Kanunun Getirdiği Yeni Düzenlemeler ve İş Kanununa Etkisi”, **Legal İSGHD**, C. 9, S. 35, İstanbul 2013, s.105-124.

Başalp, Nilgün:

“Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, **Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s.221-238.

Bauer, Jobst-Hubertus,

Diller, Martin:

Wettbewerbsverbote: Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder, 5. Auflage, München, C.H.Beck, 2009.

Bauer, Jobst-Hubertus,

Diller, Martin:

“Nachvertragliche Wettbewerbsverbote: Änderungen durch die Schuldrechtsreform”, **NJW**, 2002, Heft 22, s.1609-1615 (*Bauer, Diller, NJW, 2002*).

Bauer, Jobst-Hubertus,

Kock, Martin:

“Arbeitsrechtliche Auswirkungen des neuen Verbraucherschutzrechts”, **DB 2002**, s. 42-46.

Baumbach, Adolf, Hopt, Klaus J.,

Kumpan, Christoph, Merkt, Hanno,

Roth, Markus:

Handelsgesetzbuch: mit GmbH& Co., Handelsklausen, Bank-und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), Beck’sische Kurz Kommentare, Band 9, 37. Auflage, München, C.H.Beck, 2016 (*Baumbach, Hopt, Roth, HGB §74-75f*).

Baycık, Gaye:

“İş Hukukunda Cezai Şart”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No:7 İş Hukuku, İstanbul, On İki Levha, 2018, s.1-22 (*Cezai Şart*).

Baycık, Gaye:

“İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s.7-355 (*Değerlendirme 2016*).

Baycık, Gaye:

Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.

Baycık, Gaye:

İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011 (*Yenilik Doğuran*).

- Bedir, Eyüp: “Yirmibirinci Yüzyılda İstihdamın Artan Önemi ve Eğitim-İstihdam İlişkisi”, **Kamu-İş**, C.7, S.1, 2002, s.8-18.
- Bedük, Mehmet Nusret: “İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Beta, C.I, İstanbul 2011, s.921-967.
- Beisenkötter, Bernhard: **Arbeitsvertragsbruch durch den Arbeitnehmer Schadensersatz und Vertragsstrafe**, Münster, Selbstverlag, 1997.
- Belke, Rolf: “Die Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, **Der Betrieb**, 1969, s.559-565.
- Bentele, Roland: **Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR**, Freiburg-Schweiz, Paulusdruckerei, 1994.
- Berkowsky, Wilfried: “Aktuelle Probleme des Schadensersatzanspruchs des Arbeitgebers gegenüber dem vertragsbrüchigen Arbeitnehmer”, **Der Betrieb**, Heft 34, 1982, s.1772-1775.
- Beuthien, Volker: “Pauschalierter Schadenersatz beim Vertragsbruch des Arbeitnehmers”, **Betriebs-Berater**, 1973/2, s.92-96.
- Beuthien, Volker: “Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe”, **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag**, (Ed. Gotthard Paulus/ Uwe Diederichsen/ Claus-Wilhelm Canaris),

- München, C.H. Beck'sche
Verlagsbuchhandlung, 1973, s.495-516
(*Beuthien, FS Karl Larenz*).
- Bilge, Necip: “**Cezaî Şart**”, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1958, s.39-128.
- Birinci Uzun, Tuba: **Götürü Tazminat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- Birnbaum, Christian: “Was sind die 'im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten'?", **NZA**, 2003, Heft 17, s.944-950.
- Blomeyer, Wolfgang,
Buchner, Herbert: **Rückzahlungsklauseln im Arbeitsrecht: Insbesondere bei Vereinbarungen über Gratifikationen, Sonderzuwendungen, Aus- und Fortbildungskosten, Umzugskosten, Urlaubsgelder, Urlaubsentgelte und Darlehen**, Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1969.
- Bohny, Peter: **Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot**, Basler Dissertation, Zürich, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 123, 1989.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: **Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

- Bötticher, Eduard: “Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle”, **ZfA**, 1970/1, s.3-61.
- Braun, Kurt: **Die Vertragsstrafe nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch**, Augsburg, Druckerei-Verlag Hans Rösler, 1992.
- Brox, Hans, Rütters, Bernd, Henssler, Martin: **Arbeitsrecht**, 19. Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2016.
- Brudermüller, Gerd, Ellenberger, Jürgen, Götz, Isabell, Grüneberg, Christian, Herrler, Sebastian, Sprau, Hartwig, Thorn, Karsten, Weidenkaff, Walter, Weidlich, Dietmar, Wicke, Hartmut: **Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen**, Beck’sche Kurz-Kommentare Band 7, 76. Auflage, München, C.H.Beck, 2017 (*Palandt/Grüneberg, §305-310*).
- Bucher, Eugen: **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988.
- Buchner, Herbert: **Wettbewerbsverbote während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses**, Schriften zur Arbeitsrecht-Blattei Neue Folge Band 2, Heidelberg, Forkel Verlag, 1995.

Canbolat, Talat, Erener, Ebru:

“Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart”, **Türkiye Gıda Ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası İş ve Hayat Dergisi**, 2017/5, s.228-255.

Cansel, Erol, Özel, Çağlar:

“Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, Özel Sayı, 2013, s. 713-733.

Centel, Tankut:

“Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2011, s.13-18 (*Kişiliğin Korunması*).

Centel, Tankut:

“Türk Borçlar Kanunu’nda İşçinin Borçları” **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2011, S.22, s.5-11 (*İşçinin Borçları*).

Centel, Tankut:

İş Hukuku, C.1: Bireysel İş Hukuku, 2. bs., İstanbul, Beta, 1994.

Centel, Tankut:

İş Hukukunda Ücret, İstanbul, Türkiye Denizciler Sendikası, 1987 (*Ücret*).

Civan, Orhan Ersun:

Genel İş Koşulları, İstanbul, Beta, 2015.

Coester, Michael,

Coester-Waltjen, Dagmar,

Krause, Rüdiger, Schlosser, Peter:

J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch

2: Recht der Schuldverhältnisse §§305-310; UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2013 (*Staudinger/Krause (2013)*)).

Çalışkan, Aslı:

İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezleri Dizisi, İstanbul, On İki Levha, 2018.

Çelik, Nuri:

“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2012, S.25, s.5-9.

Çelik, Nuri:

“İş Güvencesi-Kötüniyet Tazminatı İlişkisi (Karar İncelemesi)”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y.5, S.10, Güz 2006/2, s.1-6 (*Kötüniyet Tazminatı*).

Çelik, Nuri:

“İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, 1997, s.219-230 (*Fesih Hakkının Sınırlandırılması*).

Çelik, Nuri:

Türk ve Alman Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Hükümleri ve Sona Ermesi, İstanbul, Sermet Matbaası, 1966 (*Türk ve Alman Hukukunda*).

Çelik, Nuri, Caniklioğlu, Nurşen,
Canbolat, Talat:

İş Hukuku Dersleri, 31. bs., İstanbul, Beta,
2018.

Çenberci, Mustafa:

İş Kanunu Şerhi, 5. bs., Ankara, Olgaç
Matbaası, 1984.

Çil, Şahin:

**İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2015-
2016 Yılları)**, 7. bs., Ankara Yetkin Yayınları,
2016 (*İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları*).

Çil, Şahin:

“İşçi Ücretinin Ödenmemesinin Sonuçları”,
Sarper Süzek’e Armağan, C.II, İstanbul,
Beta, 2011, s.1271-1300 (*Ücretin
Ödenmemesi*).

Çil, Şahin:

“Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Osman Güven
Çankaya’ya Armağan**, Ankara, Kamu-İş
Yayını, 2010, s.33-65.

Çil, Şahin:

İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara, Turhan
Kitabevi, 2010 (*Ücret*).

Däubler, Wolfgang:

**Arbeitsrecht, Ratgeber für Beruf, Praxis
und Studium**, 9.Auflage, Frankfurt am Main,
Bund-Verlag, 2011 (*Arbeitsrecht*).

Däubler, Wolfgang:

“Aktuelle Fragen der AGB-Kontrolle im
Arbeitsrecht: Bezugnahme auf Tarifverträge,
salvatorische Klausel, Schriftform,
Altersgrenze”, **NZA**, 2006, Beilage 3, s.133-
138.

- Däubler, Wolfgang: “Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht”, **NZA**, 2001, Heft 24, s.1329-1337 (*NZA 2001*).
- Däubler, Wolfgang, Hjort, Jens Peter, Schubert, Michael, Wolmerath, Martin: **Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Hnadkommentar**, 3. Auflage, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2013 (*HK-ArbR/Boemke, Ulrici*).
- Demir, Fevzi: “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu Ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, **Legal İSGHD**, C.11, S.41, 2014, s.15-25.
- Demir, Fevzi, Demir, Gönenç: “İş Sözleşmesinde Yer Alan Eğitim Karşılığında Çalışma Şartı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.17, Mart 2010, s.111-122.
- Demircioğlu, Murat: “İş Hukukunda Cezai Şart”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, İstanbul, Beta, 2010, s.159-171.
- Dieterich, Thomas, Hanau, Peter, Schaub, Günther: **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, Band 51, 11. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2011.

- Diller, Martin: “Nachvertragliches Wettbewerbsverbot: Entschädigungsanspruch ohne Entschädigungszusage?”, **NZA**, 2014, Heft 21, s.1184-1186 (*Diller, NZA, 2014*).
- Diller, Martin: “Vertragsstrafen bei Wettbewerbsverboten: was nun?”, **NZA**, 2008, Heft 10, s.574-576 (*Diller, NZA, 2008*).
- Diller, Martin: “Nachvertragliche Wettbewerbsverbote und AGB-Recht”, **NZA**, 2005, Heft 5, s.250-254 (*Diller, NZA, 2005*).
- Doğan, Hıfzı, Ercan, Fevzi: “Genel Eğitim-Mesleki Eğitim İlişkisi”, **Türkiye’de Meslek Eğitimi ve Sorunları, Türk Eğitim Derneği VI. Eğitim Toplantısı**, Ankara, Şafak Matbaası, 1983, s.165-194.
- Doğan Yenisey, Kübra: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, İstanbul, On İki Levha, 2018, s.387-561 (*Değerlendirme 2016*).
- Doğan Yenisey, Kübra: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, İstanbul, On İki Levha, 2015, s.7-145 (*Değerlendirme 2013*).
- Doğan Yenisey, Kübra: **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, İstanbul, Beta, 2014.

Doğan Yenisey, Kübra:

“Türk Borçlar Kanunun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2014, s.78-110 (*Türk Borçlar Kanunu*).

Doğan Yenisey, Kübra:

“Hizmet Sözleşmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha, 2012, s.297-336 (*Hizmet Sözleşmesi*).

Doğan Yenisey, Kübra:

“İş Hukukunda Cezai Şart”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar**, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, s.21-44 (*Cezai Şart*).

Doğan Yenisey, Kübra:

“İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C.I., İstanbul, Beta, 2011, s.33-82 (*Sosyal Kamu Düzeni*).

Doğan Yenisey, Kübra:

“Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, s.9-99 (*Değerlendirme 2006*).

Doğan Yenisey, Kübra:

“İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, S.11, Y.2006, s.63-81 (*Eşitlik İlkesi*).

Doğan Yenisey, Kübra:

“İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.2, Haziran 2006, s.60-65 (*Eşit Davranma*).

Doğan Yenisey, Kübra:

“İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C.II, İstanbul 2001, s.1175-1198 (*Tek Taraflı Değişiklik*).

Doğan Yenisey, Kübra, Öztürk, Özgür:

“İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü”, **Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2008, s.399-457.

Dorth, Florian:

“Gestaltungsgrenzen bei Aus- und Fortbildungskosten betreffenden Rückzahlungsklauseln”, **RdA**, 2013, Heft 5, s.287-300.

Dural, Mustafa, Öğüz, Tufan:

Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku, C.2, 19. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.

Dütz, Wilhelm, Thüsing, Gregor:

Arbeitsrecht, 15.Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2010.

Ekinci, Hüseyin:

Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu: Doktrin ve Uygulama, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Ekmekçi, Ömer:

Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul, On İki Levha, 2018 (*Toplu İş*).

Ekmekçi, Ömer:

“Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2009, S.13, s.19-28.

Ekmekçi, Ömer:

“İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitiminin Usul ve Esasları”, **Mess Mercek Dergisi**, S.41, 2006, s.100–107 (*Eğitim*).

Ekmekçi, Ömer:

“Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine”, **Mess Mercek Dergisi**, Temmuz 2005, s.157-176 (*Türk Borçlar Kanunu*).

Ekmekçi, Ömer:

“4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, **Mess Mercek Dergisi**, Özel Sayı, Ekim 2002, s.96-111 (4773).

Ekmekçi, Ömer:

“Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi**, 2001, İstanbul, Mess Yayını, s.61-140 (*Değerlendirme 1999*).

Ekmekçi, Ömer:

“Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Tasarısının Değerlendirilmesi”, **Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001**

Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 2001, s.53-61 (*İş Güvencesi Tasarısı*).

Ekmekçi, Ömer:

Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul, Yılmaz Ajans, 1996 (*Düzenleme Yetkisi*).

Ekonomi, Münir:

“4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I)-Kavram Süre ve Yenileme-“, **Legal İSGHD**, 2006/9, s.16-32.

Ekonomi, Münir:

“İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, Karar İncelemesi”, **Legal YKİ**, 2006/1, s.29-47 (*Tarafların Anlaşması*).

Ekonomi, Münir:

İş Hukuku: Ferdi İş Hukuku, C.I, 3. bs., İstanbul, Teknik Üniversite Matbaası, 1984 (*İş Hukuku*).

Ekonomi, Münir:

“Die zivilrechtliche Verantwortung des Arbeitnehmers im türkischen Recht” **Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht**, herausgegeben von Professor Dr. Manfred Rehbinder, Bern, Verlag Stämpfli, 1981, s.43-54 (*Verantwortung des Arbeitnehmers*).

- Ekonomi, Münir: Ekonomi-Ulucan İş Hukuku Uygulaması: Kararlar ve İncelemeleri, İstanbul, İş Hukuku Yayınları, 1980 (*İHU 1980/II, İşK. 9 (No.4)*).
- Elbir, Halid Kemal: **İş Hukuku**, 9. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987.
- Elbir, Halid Kemal: **Ekonomi-Ulucan İş Hukuku Uygulaması: Kararlar ve İncelemeleri**, İstanbul, İş Hukuku Yayınları, 1979/II (*İHU, İşK 9 (No.3)*).
- Elbir, Halid Kemal: “İş Hukukunda Yorum”, **İHD**, C.I, Ocak 1969, s.3-34 (*Yorum*).
- Elbir, Nazlı: **“Türk ve Fransız İş Hukuklarında Disiplin Cezaları”**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Engin, Murat: “İşe İade ve Uygulama Sorunları”, **İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu, 2006, s.79-87.
- Ercan, Fevzi: “Türkiye’de Meslek Eğitimi ve Sorunları ‘Genel Eğitim – Mesleki Eğitim İlişkisi’ ”, **Türkiye’de Meslek Eğitimi ve Sorunları, Türk Eğitim Derneği VI. Eğitim Toplantısı**, Ankara, Şafak Matbaası, 1983, s.197-215.
- Erdem, Mehmet :“Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

- Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009)**, Ankara 2009, s.97-124.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 23. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Erener, Ebru: **Türk İş Hukukunda Asgari Süreli İş Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2017.
- Erman, Walter: **Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar**, 14. Auflage, § 339-345 (Bearbeitet von SCHAUB, Stefan), Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014 (Erman/Schaub).
- Ertan, Emre: “Rekabet Yasağı Kaydından Doğan Rekabet Etmeme Borcunun Aynen İfası (TBK m.446/3)”, **Legal İSGHD**, C.13, S.52, 2016, s.1913-1955.
- Ertaş, Kudret: **Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi**, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No.211, 1982.
- Ertürk, Şükran: “Genel İş Koşulları ve Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi”, **Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan**, C.I, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı, Y.2013, İzmir 2014, s.81-118 (Genel İş Koşulları).

- Ertürk, Şükran: “Türk ve Alman Hukukunda Belirli Süreli İş Akidlerine Genel Bir Bakış”, **Kamu-İş**, C.5, S.3, Nisan 2000, s.225-247.
- Esener, Turhan: **İş Hukuku**, 3. bs., Ankara, Sevinç Matbaası, 1978.
- Esener, Turhan: **Borçlar Hukuku**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969 (*Borçlar*).
- Eyrenci, Öner: **Ekonomi-Ulucan İş Hukuku Uygulaması: Kararlar ve İncelemeleri**, İstanbul, İş Hukuku Yayınları, 1979 (*İHU 1979, İşK 9, (No.2)*).
- Eyrenci, Öner, Taşkent, Savaş, Ulucan, Devrim: **Bireysel İş Hukuku**, 9. bs., İstanbul, Beta, 2019.
- Fischer, Detlev: **:Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung: eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung**, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1981.
- Fischer, Ulrich: “Wettbewerbstätigkeit des gekündigten Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzprozesses”, **NJW**, 2009, Heft 6, s.331-334.
- Gamillscheg, Franz: **Kollektives Arbeitsrecht Band II: Betriebsverfassungsrecht**, Band II, 2008, München, Verlag C.H. Beck, 2008 (*Band II*).

- Gamillscheg, Franz: **Kollektives Arbeitsrecht: Grundlagen, Koalitionsfreiheit, Tarifvertrag, Arbeitskampf und Schlichtung**, Band I, München, Beck, 1997 (*Band I*).
- Gamillscheg, Franz: “Zur Gratifikation mit Rückzahlungsvorbehalt”, **RdA**, 1968, s.407-407.
- Gauch, Peter, Schluep, Walter R., Schmid, Jörg, Rey, Heinz: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Band I, 7.Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998. (*Gauch, Schluep, Schmid; Gauch, Schluep, Emmenegger*).
- Gauch, Peter, Schluep, Walter R., Schmid, Jörg, Rey, Heinz: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Band II, 7.Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998 (*Gauch, Schluep, Rey*).
- Geiser, Thomas, Müller, Roland: **Arbeitsrecht in der Schweiz**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2009.
- Gmür, Max: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht Art 68-183**, Band VI, Bern, Verlag von Stämpfli Cie., 1917 (*Becker*).

- Gravenhorst, Anna Caroline: “Die Zusage der Karenzentschädigung nach §74 II HGB: die Besprechung von BAG, Urt. v.28.06.2006”, **NJW**, 2006, Heft 50, s.3609-3612.
- Grunsky, Wolfgang: **Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer**, Köln, Verlag Kommunikationsforum, 1981.
- Guhl, Theo, Koller, Alfred, Druey, Jean Nicolas: **Das Schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 8. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991 (*Guhl, Merz, Druey*).
- Guhl, Theo, Koller, Alfred, Schnyder, Anton, Druey, Jean Nicolas: **Das Schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Zürich, Schulthess, 2000 (*Guhl, Merz, Kummer*).
- Gülbeden, Deniz: **Eğitimin Etkenliği ve Türkiye’de Öğretim İle Ekonomik Gelişme Ölçüleri Arasındaki İlişkiler**, Ankara, Milli Prodüktivite Merkezi (MPM) Yayınları, No.450, 1991.
- Güler, Mikdat: “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Legal İSGHD**, 2005/5, s.28-82.
- Güloğlu, Tuncay, Sertkan, Melih: “Yeni Teknolojilerin Çalışma İlişkilerine Etkileri”, **Kamu-İş**, C.7, S.2, 2003, s.1-13.

Gölseven, Hilal:

Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Gölver, Ender:

“Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhâl Feshi”, **Legal İSGHD**, 2011/31, s.999-1029.

Günay, Cevdet İlhan:

Cezai Şart (BK m.158-161), Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

Güneş, Başak, Mutlay, Faruk Barış:

“Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, 2011/3, S.30, s.231-288.

Gölzel, Ali:

“İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2014, 237-317.

Gölzel, Ali:

“İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı**, İş Güvencesi ve Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, Eylül 2004, s.15-145 (*İş Güvencesi*).

- Haas, Hermann H.,
Fuhlrott, Michael: “Ein Plädoyer für mehr Flexibilität bei Vertragsstrafen”, **NZA-RR**, 2010/1, s.1-7.
- Hamann, Wolfgang, Rudnik, Tanja: “Das Nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeitsrecht”, **Juristische Ausbildung-JURA**, 201, Heft 4, s.341-354.
- Hatemi, Hüseyin, Gökyayla, Emre: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Hauck, Friedrich: “Die Vertragsstrafe im Arbeitsrecht im Lichte der Schuldrechtsreform”, **NZA**, 2006, Heft 15, s.816-819.
- Havutçu, Ayşe: “Borçlar Kanunu Tasarısı Üzerinde Düşünceler”, **Legal Hukuk Dergisi**, Borçlar Hukuku Özel Sayısı, Ekim 2005, Y:3, S:34, s.3613-3628 (*TBK Tasarısı*).
- Havutçu, Ayşe: **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2003 (*Tüketici*).
- Heinze, Meinhard: “Konventionalstrafe und andere Sanktionsmöglichkeiten in der arbeitsrechtlichen Praxis”, **NZA**, Heft 6, 1994, s.244-251.
- Helvacı, Mehmet: **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, İstanbul, Beta, 2000.

Henssler, Martin,
Von Westphalen, Graf:

Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Auflage,
Recklinghausen, ZAP-Verlag für die Rechts-
und Anwaltspraxis, 2002.

Henssler, Martin, Willemsen,
Heinz Josef, Kalb, Heinz-Jürgen:

Arbeitsrecht Kommentar, 7. Auflage, Verlag
Dr. Otto Schmidt, Köln 2016 (*HWK/Gotthardt, Roloff, Anh. §305-310*)(*HWK/Henssler, §1 TVG*).

Honsell, Heinrich,
Vogt, Nedim Peter,
Wiegand, Wolfgang:

Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art
1-529, 4. Auflage, Basel,
Helbing&Lichtenhahn Verlag AG, 2007
(*Basler Kom. OR I, Portmann*).

Hoß, Axel:

“Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot
während des Kündigungsschutzprozesses und
im Aufhebungsvertrag”, **DB**, 1997, Heft 36,
s.1818-1821.

Hölder, Eduard:

“Die richterliche Herabsetzung einer
Vertragsstrafe”, **Das Recht**, 1900, s.161-164.

Hromadka, Wolfgang:

“Schuldrechtsmodernisierung und
Vertragskontrolle im Arbeitsrecht”, **NJW**,
2002, s.2523-2530.

Hromadka, Wolfgang:

“Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz”,
NJW, 2001, s.400-405 (*NJW 2001*).

Hueck, Alfred,
Nipperdey, Hans Carl:

Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II:
Kollektives Arbeitsrecht, 7.Auflage, Berlin,
Franz Vahlen, 1970.

Hueck, Alfred,
Nipperdey, Hans Carl:

Lehrbuch des Arbeitsrecht, Band I, 7.
Auflage, Berlin, Franz Vahlen, 1963
(*Arbeitsrecht*).

Hunold, Wolf:

“Aktuelle Rechtsprechung zum
nachvertraglichen Wettbewerbsverbot”, **NZA-
RR**, 2013, Heft 4, s.174-179.

Hümmerich, Klaus,
Holthausen, Joachim:

“Der Arbeitnehmer als Verbraucher”, **NZA**,
2002, Heft 4, s.173-181.

Jesgarzewski, Tim:

“Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen nach
dem AGB-Recht: Konkretisierung der
arbeitsrechtlichen Besonderheiten”, **Arbeit
und Recht**, 2011, Heft 1, s.9-13.

Joussen, Jacob:

“Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform”, **NZA**,
2001, Heft 14, s.745-751.

Junker, Abbo:

Grundkurs Arbeitsrecht, 16.Auflage,
München, Verlag C.H. Beck, 2017.

Kabakcı, Mahmut:

“Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin
İşçi ve İşveren Açısından Farklı
Değerlendirilmesi Gereği”, **İÜHFİM**, C.LXXII,

- S.2, Berin Ergin'e Armağan, İstanbul 2014, s.123-141.
- Kabakcı, Mahmut: **Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme**, İstanbul, 2012 (*Geçerli Fesih*).
- Kabakcı, Mahmut: “Belirli Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2011, s.129-140 (*Bakiye Süre*).
- Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin: **Ceza Koşulu: Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi**, İstanbul, On İki Levha, 2018.
- Kabakoff, Josef: **Die Vertagsstrafe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche**, Borna Leipzig, Buchdruckerei Robert Noske, 1913.
- Kapancı, Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s.655-683.
- Kaplan, Emine Tuncay: **İşverenin Fesih Hakkı: Sınırları, Hüküm ve Sonuçları**, Ankara, Kadıoğlu Matbaası, 1987.
- Karaçöp, Eda, Yamakoğlu, Efe: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Ve İş Kanunları İle İlişkisi”, **Legal İSGHD**, 2013/38, s.83-148.
- Karagöz, Veli: **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

Karagöz, Veli:

“Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi”, **AÜEHFD**, C.VIII, Y.2004, S.1-2, s.593-606 (*Tip İş Sözleşmesi*).

Karahasan, Mustafa Reşit:

“Para Borçlarında Cezai Şart”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. XL, S.10, Medeni Kanunun 40. Yıldönümü Özel Sayısı, Ekim 1966, s.469-494.

Keller, Max, Schöbi, Christian:

Allgemeine Lehren des Vertragsrechts: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, 3. Auflage, Basel/Frankfurt, Helbing & Lichtenhahn, 1988.

Keser, Hakan:

“İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şartlara İlişkin Bir Değerlendirme”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.35, Haziran 2016, s.17-42.

Keser, Hakan:

“6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Rekabet Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.24, Aralık 2011, s.88-105 (*Rekabet Yasağı*).

Kılıçoğlu, Ahmet:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.

Kılıkış, İlknur, Demir, Seçil:

“İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğü Üzerine Bir İnceleme”, **Çalışma İlişkileri Dergisi**, Cilt 3, Sayı 1, Ocak 2012, s. 23-47.

Kırkbeşoğlu, Nagehan:

Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

Knütel, Rolf:

Stipulatio Poenae: Studien zur römischen Vertragsstrafe, Köln, Böhlau Verlag, 1976.

Kocağa, Köksal:

Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip,
Hatemi, Hüseyin,
Serozan, Rona,
Arpacı, Abdülkadir:

Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C.1, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.

Koch, Jens:

“Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im einseitig vorformulierten Arbeitsvertrag”, **RdA**, 2006, Heft 1, s.28-33.

Koç, Nevzat:

“Prof. Dr. Nevzat Koç’un Değerlendirme Konuşması”, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2011, s.89-92.

Koller, Alfred:

**Schweizerisches Obligationenrecht
Allgemeiner Teil: Handbuch des
allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht,**
3. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2009.

Kramer, Ernst A.:

Berner Kommentar, B.VI, I. Abteilung, 1.
Teilband, Lieferung 1: Obligationenrecht,
Allgemeine Bestimmungen, Bern, Stämpfli
Verlag AG, 1985.

Kuhn, René:

**Das Konkurrenzverbot im
Arbeitsvertragsrecht,** Muri, Cosmos, 1981.

Kuntalp, Erden:

“Bankalar ve Genel İşlem Şartları”, **Türk
Hukukunda Genel İşlem Şartları
Sempozyumu,** Ankara, Banka ve Ticaret
Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2011, s. 79-102
(*Genel İşlem Şartları*).

Kuntalp, Erden:

“Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin
Değerlendirmeler- TBK m.20-25”,
Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul
2005, s.25-31.

Kunter, Nurullah:

“Ödendikten Sonra da Azaltılabilmeleri
Bakımından Fahiş Cezai Şartlar”, **Adliye
Ceridesi,** 1940, Y.3, S.11, s.971-974

Kutal, Metin:

“Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem
Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 1992 Yılı
Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtayın İş
Hukukuna İlişkin Kararlarının**

- Değerlendirilmesi 1992**, İstanbul, Mess Yayınları, 1994, s.37-74.
- Langheid, Theodor: “Vertragsstrafenvereinbarung in Arbeitsverträgen”, **Der Betrieb**, 1980, Heft 25, s.1219-1220.
- Larenz, Karl: **Lehrbuch des Schuldrechts**, B.1, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 1987.
- Larenz, Karl: **Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Recht**, 6. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 1983.
- Laskawy, Dirk Helge: “Die Tücken des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots im Arbeitsrecht”, **NZA**, 2012, Heft 18, s.1011-1018.
- Leder, Tobias, Morgenroth, Sascha: “Die Vertragsstrafe im Formulararbeitsvertrag”, **NZA**, 2002, Heft 17, s.952-957.
- Lindacher, F. Walter: **Phänomenologie der Vertragsstrafe: Vertragsstrafe, Schadensersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag**, Frankfurt/Main, Athenäum Verlag, 1972.
- Lingemann, Stefan: “Allgemeine Geschäftsbedingungen und Arbeitsvertrag”, **NZA**, 2002, Heft 4, s.181-192.

- Lipke, Gert-Albert: **Gratifikationen, Tantiemen, Sonderzulagen (Juristische Taschenbücher) (German Edition)**, Darmstadt, Luchterhand, 1982.
- Lohr, Martin: “Vertragsstrafen im Arbeitsverhältnis”, **MDR**, 8/2000, s.429-436.
- Löwe, Helge: **Der Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beim nachvertraglichen Wettbewerbsverbot**, Europäische Hochschulschriften Reihe 2, Frankfurt am Main, Verlag Peter Lang, 1987.
- Löwisch, Manfred: “Zweifelhafte Folgen des geplanten Leistungsstörungenrechts für das Arbeitsvertragsrecht”, **NZA**, 2001, Heft 9, s.465-467.
- Löwisch, Manfred, Jagmann, Rainer, Rieble, Volker: **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 328-345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe)**, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2015 (*Staudinger/Rieble*).
- Löwisch, Manfred, Rieble, Volker: **Tarifvertragsgesetz Kommentar**, 4. Auflage, Berlin, Verlag Franz Vahlen, 2017.
- Maier, Frank, Mosig, Tobias: “Unwirksame Rückzahlungsklauseln bei arbeitgeberseitiger Übernahme der

- Ausbildungskosten”, **NZA**, 2008, Heft 20, s.1168-1170.
- Manav, Eda: “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, **TBB Dergisi**, S.87, 2010, s.322-363 (*Rekabet*).
- Manav, Eda: **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.
- Mauler, Francis: **De la nature de la clause penale (1898)**, These Neuchâtel, Kessinger Publishing, 2010.
- Meier, Hans-Georg, Schulz, Rolf: “Die Rückzahlung von Ausbildungskosten bei vorzeitiger oder erfolgloser Beendigung der Ausbildung”, **NZA**, 1996, Heft 14, s.742-749.
- Merz, Hans: **Schweizerisches Privatrecht**, VI/1, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn Verlag AG, 1984.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Astarlı, Muhittin, Baysal, Ulaş: **İş Hukuku Ders Kitabı**, C.1: Bireysel İş Hukuku, 2. bs., Ankara, Lykeion Yayınları, 2018 (*Ders Kitabı*).
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Astarlı, Muhittin, Baysal, Ulaş: **İş Hukuku**, 6. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- Müller, Roland: **Betriebliches Disziplinarwesen**, Bern, Stämpfli Verlag AG, SSA, Heft 21, 1983.

Müller-Gloge, Rudi,

Preis, Ulrich, Schmidt, Ingrid:

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Beck'sische-Kurz-Kommentare Band 51, 17. Auflage, München, C.H. Beck, 2017 (*ErfK./Preis*, §305-310; *ErfK./Müller-Glöge*, §339-345; *ErfK./Oetker*, §74-75d; *ErfK./Preis*, §611 BGB).

Narmanlıoğlu, Ünal:

İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri, I, B.5, İstanbul, Beta, 2014 (*İş Hukuku*).

Narmanlıoğlu, Ünal:

“Belirli Süreli İş Sözleşmesini Sona Erdien Olgular ve İşlemler”, **Legal İSGHD**, 2012/35, s.3-23.

Narmanlıoğlu, Ünal:

“İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007**, İstanbul, Beta, 2009, s.107-166 (*Değerlendirme 2007*).

Narmanlıoğlu, Ünal:

“Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Boyutlarıyla İşçinin Feshe Karşı Korunması**, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s.311-337 (*Feshe Karşı Koruma*).

Natzel, Ivo:

“Schutz des Arbeitnehmers als Verbraucher?”, **NZA**, 2002, Heft 11, s.595-597.

- Niemann, Jan-Malte: “Vertragsbruch: Strafabreden in Formularbeitsverträgen”, **RdA**, 2013, Heft 2, s.92-101.
- Nikisch, Arthur: **Lehrbuch des Arbeitsrecht**, Band I, 3.Auflage, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1961.
- Nomer, Halûk N.: **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 16. bs., İstanbul, Beta, 2018.
- Nomer Ertan, Füsun: “İş Aktinden Doğan Ceza Şart Hükümlerine TTK m.24 Uygulanır mı?”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.I: Ticaret Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s.29-37.
- Nordmann, Philippe: **Die Missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes**, (Basler Studien zur Rechtswissenschaft Reihe A: Privatrecht, Band 41), Basel-Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn Verlag AG, 1998.
- Ocak, Saim: “Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması”, **İş ve Hayat Dergisi**, S.5, 2017, s.174-229.
- Ocak Saim: “Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.37, 2017, s.52-101 (*Kısmi Süreli Çalışma*).

Odaman, Serkan:

“İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011**, Ankara, Kamu-İş, 2013, s.131-234.

Oetker, Hartmut:

Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, München, C.H.Beck, 2017 (*Oetker/Kotzian-Marggraf, HGB §74-75f*).

Oftinger, Karl:

Vertragsfreiheit, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», Zürich, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, 1948.

Oğuzman, M. Kemal:

“Genel Görüşme”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992**, İstanbul, Mess Yayınları, 1994, s.83-84.

Oğuzman, M. Kemal:

Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri: Toplu İş İlişkileri, C.1, 3. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984 (*İlişkiler*).

Oğuzman, M. Kemal:

Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955 (*Fesih*).

Oğuzman, M. Kemal, Barlas, Nami:

Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 24. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

Oğuzman, M. Kemal, Seliçi Özer,

Oktay Özdemir, Saibe:

Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler,
17. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.

Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 16.
bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018. (I)

Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 14.
bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

Orhaner, A. Baki:

Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları,
Ankara, Öğretmen Matbaası, 1966.

Oser, Hugo, Schöenberger, Wilhelm:

**Zürcher Kommentar zum Schweizerischen
Zivilgesetzbuch,** Band V: Erster Halbband,
Obligationenrecht, Art 1-183 OR, 2. Auflage,
Zürich, Schulthess, 1929.

Ozan, Başak:

“İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai
Şart”, **Legal İSGHD**, 2010/25, s.135-157.

Özdemir, Erdem:

İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul,
Vedat Kitapçılık, 2014 (*İş Sağlığı*).

Özdemir, Erdem:

“Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin
Sona Ermesine İlişin Hükümleri ve 4857 sayılı
Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”,
Çalışma Mevzuatı Semineri, Antalya,
Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam
Sanayii İşverenleri Sendikası, 2012, s.112-160.

Özdemir, Erdem:

“Yeni Borçlar Kanunu’nun İş Sözleşmesinin
Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857
Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine

- Etkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2012, S.27, s.25-46 (*Yeni Borçlar Kanunu*).
- Özdemir, Erdem: “Eğitim Giderlerinin İşçiden Geri İstenebilmesi Konusundaki Temel Esaslara İlişkin Bir Karar İncelemesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2009, s.150-158 (*Eğitim Gideri*).
- Özdemir, Erdem: “İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2008, s.13-24 (*İnternet*).
- Özdemir, Erdem: “İş Hukukunda Cezai Şart”, **AÜEHFD**, C.IX, S.3-4, 2005, s.403-416 (*Cezai Şart*).
- Özdemir, Erdem: “İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart”, **Çalışma ve Toplum**, 2005/1, s.143-156 (*Eğitim Karşılığı*).
- Özdemir, Erdem: “**Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Hükümleri ve Bunların Hizmet Akdine Etkileri**”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999 (*Normatif Hükümler*).
- Özdemir Erdem: “İşverenin Fesih Hakkının Disiplin Kuruluna Başvurma Zorunluluğu İle Sınırlandırılması”, **Tühis**, Ağustos 1998, s.8-24 (*Disiplin Kurulu*).
- Palandt, Otto: **Bürgerliches Gesetzbuch: mit Nebengesetzen**, Beck’sische Kurz-Kommentare, Band 7, 76. Auflage, München, C.H. Beck, 2017.

Pekcanitez, Hakan, Özekes, Muhammet

Akkan, Mine, Taş Korkmaz, Hülya: **Pekcanitez Usûl: Medenî Usûl Hukuku**, 15. bs., İstanbul, On İki Levha, 2017 (*Atalı*).

Petitjean, Marcel:

Die Herabsetzung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Diss. Basel, 1937.

Popp, Josef:

“Schadenersatz und Vertragsstrafe bei Arbeitsvertragsbruch”, **NZA**, 1988, Heft 13, s.455-458.

Preis, Ulrich:

“AGB-Recht und Arbeitsrecht: Eine Zwischenbilanz”, **NZA**, 2006, Beilage 3, s.115-122.

Prütting, Hanns, Wegen, Gerhard,
Weinreich, Gerd:

Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 11. Auflage, Köln, Luchterhand Verlag, 2016.

Reck, Rudolf M.:

Lohnrückbehalt, Kaution und Konventionalstrafe im schweizerischen Arbeitsrecht, Zürich, ADAG Administration & Druck AG, 1983.

Rehbinder, Manfred:

“Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen nach der deutschen Schuldrechtsreform”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s.791-807 (*Schuldrechtsreform*).

- Rehbinder, Manfred: **Schweizerisches Arbeitsrecht**, 15. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2002.
- Rehbinder, Manfred: “Ordnungsstrafen im schweizerischem Arbeitsrecht”, in **Gedächtnisschrift für Peter Noll**, Zürich 1984, s.257-265, (*Ordnungsstrafen*).
- Rehbinder, Manfred, Stöckli, Jean-Fritz: **Berner Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht: Der Arbeitsvertrag**, Art 331-355 und Art 361-362 OR, Bern, Stämpfli Verlag AG., 2014 (*BK-Rehbinder/Stöckli; BK-Rehbinder*).
- Reichenbach, Sandy Bernd: “Konventionalstrafe für den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer”, **NZA**, 2003, Heft 6, s.309-313.
- Reinhard, Barbara: “Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im Arbeitsrecht”, **ArbRB**, 2007, Heft 10, s.297-300.
- Reisoğlu, Safa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. bs., İstanbul, Beta, 2010.
- Reisoğlu, Seza: **2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi**, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1986 (*Şerh*).
- Reisoğlu, Seza: **Garanti Mukavelesi: Mahiyeti, Unsurları, Benzeri Münasebetlerden Tefriki, Hüküm ve Neticeleri**, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1963 (*Garanti*).

- Richardi, Reinhard: “Gestaltung der Arbeitsverträge durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz”, **NZA**, 2002, Heft 19, s.1057-1064.
- Richardi, Reinhard,
Wlotzke, Otfried,
Wissmann, Hellmut,
Oetker, Hartmut: **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht**, Band 1, 3. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2009 (*MüArbR/Reichold; MüArbR/Wank, §107*).
- Rickenbach, Matthias: **Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses**, Bern, Stämpfli AG., 2000.
- Röwekamp, Stefani,
Worzalla, Michael: **Teilzeit- und BefristungsG: kurz kommentiert**, Berlin, Verlag GDA, 2007.
- Santoro, Dimitri: **Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2001.
- Sarı, Suat: ““Götürü Tazminat” Kavramı Üzerine”, **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri**, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, On İki Levha, 2011, s.299-304.
- Saymen, Ferit Hakkı: **Türk İş Hukuku**, İstanbul, Hak Kitabevi, 1954.

Saymen, Ferit Hakkı, Elbir,
Halid Kemal:

Borçlar Hukuku Dersleri: Umumi Hükümler, C.1, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1958.

Säcker, Franz Jürgen,
Rixecker, Roland,
Oetker, Hartmut,
Limperg, Bettina:

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht-Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München, C. H. Beck, 2016 (*MüKoBGB/Basedow*, §310; *MüKoBGB/Gottwald*, Art 339-345).

Schaub, Günther, Koch, Ulrich,
Linck, Rüdiger,
Vogelsang, Hinrich:

Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 13. Auflage, München, C. H. Beck, 2009 (*Schaub, ArbR-Hdb.*, §58; *Schaub, Vogelsang, ArbR-Hdb.*, §176; *Schaub, Linck, ArbR-Hdb.*, §60).

Schellhammer Kurt:

Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen: samt BGB Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Heidelberg, C.F.Müller, 2014.

Scherrer, Albert:

Das Richterliche Ermässigungsrecht bei Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss., Freiburg, 1934.

Schmid, Jörg, Staehelin, Adrian:

Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht: Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag: Art 330b-355, Art 361-362 OR, Zürich-Basel-Genf, Schulthess 2014 (ZK-Staehelin).

Schmidt, Eike:

“Schlechtleistung und Händlerrisiko”, **Recht im Spannungsfeld von Theorie und Praxis : Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70. Geburtstag**, München, C. H. Beck, 1998, s.511-528 (*FS Heinrichs 1998*).

Schmidt, Karsten:

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1: Erstes Buch, Handelsstand §§1-104a, 4. Auflage, München, C. H. Beck/Verlag Vahlen, 2016 (*MüKoHGB/von Hoyningen-Huene, §74-75f*).

Schoch, Walter:

Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Bern, Stämpfli & Cie., 1935.

Schwedes, Norbert:

Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses: Ein Vergleich zwischen dem Recht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, Europäische Hochschulschriften Reihe 2, Frankfurt am Main, Verlag Peter Lang, 1990.

Schwerdtner, Peter:

“Grenzen der Vereinbarungsfähigkeit von Vertragsstrafen im Einzelarbeitsverhältnis”,

- Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf**, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1983, s.631-656.
- Secretan, Roger: **Étude sur la clause pénale en droit suisse**, thèse Lausanne 1917.
- Seliçi, Özer: “Seçimlik Borçların İfası”, **İÜHFM**, C.XXXIV, S.1-4, 1969, s.375-399.
- Senyen-Kaplan, E. Tuncay: **Bireysel İş Hukuku**, 9. bs., Gazi Kitabevi, Ankara 2018 (*İş Hukuku*).
- Senyen Kaplan, E. Tuncay: “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanların Yükümlülükleri Ve Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.31, Y.2014, s.37-48 (*Yükümlülük*).
- Senyen Kaplan, E. Tuncay: “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler”, **Osman Güven Çankaya'ya Armağan**, Ankara, Kamu-İş, 2010, s.213-229.
- Serozan, Rona: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Cilt 3, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
- Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., 1975 (*Dönme*).

Serozan, Rona, Öz, Turgut, Acar, Faruk,

Gökyayla, Emre, Develioğlu, Murat: **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu * Yürürlük Kanunu: Genel Hükümler**, C.I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018 (*İstanbul Şerhi/Develioğlu; İstanbul Şerhi/Aydıncık*).

Sezgin, İlhan:

“Meslek Eğitiminin Kapsam ve Gelişimi”, **Türkiye’de Meslek Eğitimi ve Sorunları**, Türk Eğitim Derneği VI. Eğitim Toplantısı, Ankara, Şafak Matbaası, 1983, s.21-48.

Sıdal, Cavit:

“Mesleki Eğitim ve İstihdam”, **Türkiye’de Meslek Eğitimi ve Sorunları, Türk Eğitim Derneği VI. Eğitim Toplantısı**, Ankara, Şafak Matbaası, 1983, s.231-250.

Singer, Reinhard:

“Arbeitsvertragsgestaltung nach der Reform des BGB”, **RdA**, 2003, Heft 4, s.194-2004.

Sirmen, Lale:

“Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar**, 8 Nisan 2011, Ankara, BATİDER, 2012, s.109-134.

Sirmen, Lale:

Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı-Hukuk Fakültesi, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1992 (*Şart*).

Soergel, Hans Theodor,

Siebert, Wolfgang:

Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar, 13 Auflage, Band 5/3, Schuldrecht 3/3, §328-432, Titel 3, §336-345, Stuttgart, Kohlhammer Druckerei, 2010 (Soergel/Lindacher).

Soyer, Polat:

“Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları**, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.165-202 (*Yeni Borçlar Kanunu*).

Soyer, Polat:

“6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan “Genel Hizmet Sözleşmesi” ne İlişkin Bazı Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2) Semineri**, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2012, s.1-51 (*Genel Hizmet Sözleşmesi*).

Soyer, Polat:

“Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2011, S.22, s.12-21 (*Sona Erme*).

Soyer, Polat:

“Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri

- Üzerine Düşünceler”, **Devrim Ulucan’a Armağan**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2008, s.149-167 (*Türk Borçlar Kanunu Tasarısı*).
- Soyer, Polat: “Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri”, **Çalışma ve Toplum**, S.16, 2008/1, s.27-38 (*Deneme Süreli*).
- Soyer, Polat: “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, 2000, s.363-380 (*Cezai Şart*).
- Soyer, Polat: **Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md. 348-352)**, Ankara, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, 1994 (*Rekabet Yasağı*).
- Soyer, Polat: **Genel İş Koşulları**, İzmir, Yetkin Yayınları, 1987 (*Genel İş Koşulları*).
- Soyer, Polat: “Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu”, **YD.**, Temmuz 1981, s.386-395 (*Zarara Yatkın*).
- Söllner, Alfred: “Vertragsstrafen im Arbeitsrecht”, **AuR**, 1981, s.97-105.
- Staehelin, Adrian, Vischer, Frank: **Zürcher Kommentar, V 2 c, OR 319-362**, Zürich, Schulthess, 1996 (*Staehelin/Vischer*).

Stoffels, Markus: “Grundfragen der Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen”, **ZfA**, 2009, Heft 4, s.861-895.

Stoll, Hans: “Schadensersatz und Strafe”, **Ius privatum gentium Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969**, Band II: Nationales und Vergleichendes Privatrecht, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 1969, s.569-590.

Stöckli, Jean-Fritz: **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Das Obligationenrecht**, Band 6: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Teilband 2, Der Arbeitsvertrag Artikel 319-362 OR, Abschnitt 3: Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag Artikel 356-360 OR, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1999 (*BK-Rehbinder/Stöckli*).

Straube, Gunnar: “AGB-Kontrolle von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten”, **BB**, 2013, Heft 3, s.117-119.

Streiff, Ullin, Von Kaenel, Adrian, Rudolph, Roger: **Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art.319-362 OR**, 7. Auflage, Zürich, Schulthess, 2012.

Stürner, Rolf: **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: mit Rom I, Rom II, Rom III-VO, EG-UntVO/HUntProt und EuErbVO**,

Kommentar, 16. Auflage, München, C.H.Beck, 2015 (*Jauernig*).

Sur, Melda:

İş Hukuku Toplu İlişkiler, 8. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019.

Süzek, Sarper:

İş Hukuku, 14. bs., İstanbul, Beta, 2017.

Süzek, Sarper:

“Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, C.I, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.459-472 (*Tip İş Akitleri*).

Süzek, Sarper:

“İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.34, 2015, s.9-25 (*Yorum*).

Süzek, Sarper:

“Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, **Prof. Dr. Berin Ergin’e Armağan**, İÜHFM, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2014, S.2, s.457-467 (*Rekabet Etmeme Borcu*).

Süzek, Sarper:

“Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2011, s.5-12 (*Genel İş Koşulları*).

Süzek, Sarper:

“İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, **Çalışma ve Toplum**, S.28, 2011/1, s.9-17 (*Disiplin Cezaları*).

- Süzek, Sarper: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.12, Aralık 2008, s.24-38 (*Eşit Davranma*).
- Süzek, Sarper: “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, **Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan**, Kamu-İş, C.6, S.4, 2002, s.73-94 (*Fesih Hakkının Sınırlandırılması*).
- Süzek, Sarper: “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1998**, İstanbul, Mess Yayınları, 2000, s.65-131 (*Değerlendirme 1998*).
- Süzek, Sarper: “İş Hukukunda Sözleşme Özgürlüklerinin Sınırlandırılması”, **Yiğit Okur’a Armağan**, Ankara, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1998, s.359-361 (*Sözleşme Özgürlüğü*).
- Süzek, Sarper: “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, **Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan**, Ankara, Türkiye Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası 1998, s.225-232 (*Yönetim Hakkı*).
- Süzek, Sarper: “İş Hukuku Yaptırımları”, **İHD**, Nisan-Haziran 1993, s.165-183 (*Yaptırımlar*).
- Süzek, Sarper: “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtayın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının**

Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1991, s.39-81 (*Değerlendirme 1989*).

Süzek, Sarper:

İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması: İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1976 (*Fesih*).

Şahinkesen, Ali:

“Eğitimde İkili Sistem (Okul-İşyeri İşbirliğine Dayalı Sistem)”, **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi**, C.25, 1992, s.687-701.

Şahlanan, Fevzi:

“İş Sözleşmelerine Konulan Cezai Şart”, **Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi**, Hukuk Eki, Temmuz-Ağustos 2018, s.2-7 (*Cezai Şart*).

Şahlanan, Fevzi:

“Bir Bedel Karşılığı Öngörülen Rekabet Yasağından İşverenin Vazgeçmesi (Karar İncelemesi-Nisan 2015)”, **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Karar İncelemeleri II (Ocak 2011-Mart 2016)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2016, s.284-291 (*Rekabet Yasağından Vazgeçme*).

Şahlanan, Fevzi:

“İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012**, Ankara, Kamu

İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 2014, s.75-142 (*Değerlendirme 2012*).

Şahlanan, Fevzi:

“İş Güvencesinin Kapsamı Dışında Olanlar İçin Toplu İş Sözleşmesi İle Getirilen İş Güvencesi Tazminatı”, **Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi**, Hukuk Eki, Kasım 2013, s.2-4 (*İş Güvencesi Tazminatı*).

Şahlanan, Fevzi:

“İş Güvencesi Tazminatı Öngören Toplu İş Sözleşmesi Hükmünün Yasal İş Güvencesi Sistemi Karşısında Geçersizliği-Eylül 2006”, **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s.81-85 (*İş Güvencesi Tazminatı*).

Şahlanan, Fevzi:

“Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Fahiş İhbar Önelleri ve Yargının Müdahalesi”, **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s.95-100 (*İhbar Önelleri*).

Şahlanan, Fevzi:

“Rekabet Yasasının Geçerlilik Koşulları (Karar İncelemesi-Temmuz 2007)”, **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s.136-144 (*Geçerlilik Koşulları*).

Şahlanan, Fevzi:

“Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haklı Bir Neden Olmaksızın İşverence Feshi (Karar İncelemesi-Aralık 2009)”, **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s.291-296 (*İşveren Feshi*).

Şahlanan, Fevzi:

“Disiplin Kurulu Kararı Olmamasının Yapılan Feshi Geçersiz Hale Getirmeyeceği”, **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s.297-301 (*Disiplin Kurulu*).

Şahlanan, Fevzi:

“Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Cezai Şart ve Borçlar Kanunu 325 Uygulaması-Kasım 2010”, **İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Karar İncelemeleri: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s.353-360 (*Belirli Süreli*).

Şahlanan, Fevzi:

“Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Kurulması Geçerlilik Şartları Hükümleri ve Sona Ermesi”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, C.I, İstanbul, Beta, 2010, s.719-737 (*Rekabet Yasağı Sözleşmesi*).

Şahlanan, Fevzi:

“Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, 11. Yıl Toplantısı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları 2008, s.71-89 (*Rekabet Yasağı*).

Şahlanan, Fevzi:

“Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003**, Ankara 2005, s.87-123 (*Değerlendirme 2003*).

Şahlanan, Fevzi:

“Genel Görüşme”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992**, İstanbul, Mess Yayınları, 1994, s.77-78 (*Değerlendirme 1992, (Genel Görüşme)*).

Şahlanan, Fevzi:

Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul, Banksis Yayınları, 1992 (*Tis*).

Şeker, Muzaffer:

Yazılmamış Sayılma, (BK.m.21/I, 21/2, 24), Yokluk ve Kesin Hükümsüzlük Kısacında 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması, İstanbul, On İki Levha, 2015.

Tandoğan, Halûk:

Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, C.II, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Tandoğan, Hâluk:

Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması,

- Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977 (*Tüketici*).
- Tandoğan, Halûk: **Garanti Mukavelesi: Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Munasebetlerden Tefriki**, İstanbul, Güzel İstanbul Matbaası, 1959 (*Garanti*).
- Taşkent, Savaş: “İş Sözleşmesinin İkale Yoluyla Sona Erdirilmesi”, **Kamu-İş**, 2011/4, s.1-7 (*İkale*).
- Taşkent, Savaş: “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Üzerine-Tekrar”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2009, S.13, s.5-18 (*Belirli Süreli-Tekrar*).
- Taşkent, Savaş: “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2008, S.9, s.14-22.
- Taşkent, Savaş: “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi”, **Legal İSGHD**, 2006/9, s.33-39 (*Belirli Süreli*).
- Taşkent, Savaş, Kabakçı, Mahmut: “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2009, S.16, s.21-46.
- Tekinay, Selahattin Sulhi,
Akman, Sermet,
Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla: **Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Thüsing, Gregor: **AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht**, München, Verlag C. H. Beck, 2007.

Thüsing, Gregor:

“Was sind die Besonderheiten des Arbeitsrechts?”, **NZA**, 2002, Heft 11, s.591-595 (*Besonderheiten*).

Topuz, Murat:

“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 1138-1174.

Tuncay, A. Can:

Hukusal Etik (Legal Ethics) Dersleri, 3. bs., İstanbul, Beta, 2017 (*Hukusal Etik*).

Tuncay, A. Can:

“Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları (Bir Yargıtay Kararı Üzerine)”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, C.I, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.473-498 (*Rekabet Yasağı*).

Tuncay, A. Can:

“İş ilişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011**, Ankara, Kamu-İş, 2013, s.3-98 (*Değerlendirme 2011*).

Tuncay, A. Can:

“Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Kararın İncelenmesi”, **Legal İSGHD**, 2011/31, s.899-912.

Tuncay, A. Can:

“Toplu İş İlişkileri”, **Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009**, Ankara, İş Hukuku

- ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2011, s.227-280 (*Değerlendirme 2009*).
- Tuncay, A. Can: “Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2008, s.105-110 (*Birden Fazla Tazminat*).
- Tuncay, A. Can: “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.17, S.1, Ocak 2003, s.3-18 (*İş Güvencesi*).
- Tuncay, A. Can: “İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri”, **Yeni İş Yasası Sempozyumu**, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2003, s.125-145 (*Yeni İstihdam*).
- Tuncay, A. Can: “İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.II, İstanbul, Beta, 2001, s.1043-1085 (*Sadakat*).
- Tuncay, A. Can: **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982 (*Eşit Davranma*).
- Tuncay, A. Can: **Ekonomi-Ulucan, İş Hukuku Uygulaması: Kararlar ve İncelemeleri**, İstanbul, İş Hukuku Yayınları, 1976/V (*İHU TSGLK 1, (No.7)*).
- Tuncay, A. Can, Savaş Kutsal, Burcu: **Toplu İş Hukuku**, 6. bs., İstanbul, Beta, 2017.

- Tunçomağ, Kenan: **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul, Beta, 1989.
- Tunçomağ, Kenan: **İş Hukuku**, C.II, 2. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1985 (C.II).
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.I, 6. bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1976 (TBK).
- Tunçomağ, Kenan: **Türk İş Hukuku: Genel Kavramlar, Hizmet Sözleşmesi, Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, C.I, 2. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975 (C.I).
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, Baha Matbaası, 1963 (Cezai Şart).
- Tunçomağ, Kenan, Centel, Tankut: **İş Hukukunun Esasları**, 9. bs., İstanbul, Beta, 2018.
- Uçar, Canan, Özerbaş, Mehmet Arif: “Mesleki Ve Teknik Eğitimin Dünyadaki Ve Türkiye’deki Konumu”, **Eğitim ve Öğretim Araştırmaları Dergisi**, C.2, S.2, Mayıs 2013, s.242-253.
- Uçum, Mehmet: “İş Güvencesi Kapsamında Fesih Bildirimine İtiraz ve Geçersiz Feshin Sonuçları”, **Legal Hukuk Dergisi**, S.9, Eylül 2003, s.2231-2248.
- Ulmer, Peter, Brandner, Hans Erich, Hensen, Horst-Diether: **AGB-Recht Kommentar: zu den §§305-310 BGB und zum UKlaG**, 12. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016 (Ulmer, Schäfer; Fuchs, Bieder).

Uluslan, İlhan:

“Türk Borçlar Kanunundaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s.1219-1228.

Uşan, Fatih:

“İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçi için Toplu İş Sözleşmesi ile Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, İş Kanunu’nda Öngörülen İş Güvencesi Tazminatından Daha Fazla Olabilir Mi? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2008, S.9, s.102-111.

Uşan, Fatih:

İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003 (*İş Sırrı*).

Uşan, Fatih:

Çıraklık Sözleşmesi, Konya, Mimoza Yayınları, 1994 (*Çıraklık*).

Uyanık, Yücel:

“Türkiye’de Eğitim-İş Piyasası İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme”, **İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası (Kamu-İş), C.6, S1, 2000, s.1-6.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet,

Özdemir Rafet:

Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1987.

- Vischer, Frank: **Der Arbeitsvertrag**, 2.Auflage, Basel/Frankfurt am Main, 1994,
- Vischer, Frank, Müller, Roland M.: **Schweizerisches Privatrecht: Obligationenrecht Besonderer Teil: Der Arbeitsvertrag**, Band VII/4, 4. Auflage, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 2014 (*Vischer, Müller; Vischer, Albrecht*).
- Von Koppenfels, Katharina: “Vertragsstrafen im Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsmodernisierung”, **NZA**, 2002, Heft 11, s.598-602.
- Von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukuku, (Çev. Cevat Edege)**, C.1-2, 2. bs., Ankara, Olgaç Matbaası, 1983 (*Çev.Edege*).
- Von Tuhr, Andreas,
Escher, Arnold: **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, 2.Band, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1974 (*Von Tuhr, Escher; Von Tuhr, Peter*).
- Westermann, Harm Peter,
Grünwald, Barbara,
Maier-Reimer, Georg: **Erman Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar**, Band I, 14. Auflage, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014 (*Erman/Roloff, BGB, 14. Auflage, §305-310*).

- Worzalla, Michael: “Die Wirksamkeit einzelner Arbeitsvertragsklauseln nach der Schuldrechtsreform: Entgelt, Arbeitszeit und Tätigkeit, Betriebsvereinbarungs- und Tarifvertragsoffenheit, Änderung des Arbeitsvertrags”, **NZA**, 2006, Beilage 3, s.122-133.
- Wörlen, Rainer, Kokemoor, Axel: **Arbeitsrecht**, 12. Auflage, München, Verlag Franz Mahlen, 2017.
- Yayvak, İrem: **Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi (Türk-Alman Hukuku Karşılaştırmalı)**, İstanbul, Beta, 2014.
- Yelmen, Adem: **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Yıldız, Gaye Burcu: “İş Hukuku Açısından Genel İşlem Koşullarının Denetimi”, **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II**, Ed. Prof. Dr. Tankut Centel, On İki Levha, İstanbul 2016, s.9-45 (*Denetim*).
- Yıldız, Gaye Burcu: **İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Yıldız, Gaye Burcu: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **III. Çalışma Yaşamı Kongresi, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları ve İş Mevzuatı**, Ankara, Ziraat Grup Matbaası, 2010, s.287-381 (*Eşit Davranma*).

Yıldız, Gaye Burcu:

İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008 (*Eşit İşlem*).

Yuvalı, Ertuğrul:

“4857 Sayılı İş Kanunu’nun Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Geçerli Olarak Yapılabilmesini Objektif Bir Nedenin Mevcudiyetine Bağlaması Karşısında Asgari ve Azami Süreli İş Sözleşmeleri Bakımından Objektif Nedenin Gerekliliği”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.2, 2006, s.327-335.

Zöllner, Wolfgang:

“Kritische Grundsatzüberlegungen zum AGB-Recht als arbeitsrechtlichem Kontrollinstrument”, **ZfA**, 2010, Heft 4, s.637-656.

Zöllner, Wolfgang:

“İmmanente Grenzen arbeitsvertraglicher Regelungen”, **RdA**, 1989, s.152-158.

ÖZGEÇMİŞ

1987 yılında İstanbul’da doğdum. Sankt Georg Avusturya Lisesi’ndeki eğitimimi 2006 yılında tamamladım. Aynı yıl lisans öğrenimine başladığım İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 2010 yılında mezun oldum. 2010-2011 öğretim yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans programında öğrenim görmeye başladım. 2012 yılında bir süreliğine yüksek lisans tez araştırması için Eberhard Karl’s Universität Tübingen’de misafir araştırmacı olarak bulundum. Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT’un danışmanlığında hazırladığım “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi” konulu yüksek lisans tezini 2013 yılında savunarak, mezun oldum. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora programına kabul edildim. “İş Hukuku’nda Cezai Şart” konulu doktora tezimin hazırlık sürecinde, TÜBİTAK’ın sağladığı yurtdışı bursu kapsamında, dokuz ay boyunca Albert-Ludwigs-Universität Freiburg’da misafir araştırmacı olarak bulundum. 2011 yılından beri İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak görev yapmaktayım.