

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BİLİM DALI

İŞ HUKUKUNDA CEZAI ŞART
YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Nazlı BULUT

Tez Danışmanı
Doç.Dr.Aydın BAŞBUĞ

Ankara-2010

ONAY

Nazlı Bulut tarafından hazırlanan “İş Hukukunda Cezai Şart” başlıklı bu çalışma, tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği / oyçokluğu ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk / İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

.....

Prof. Dr. Adnan TUĞ (Başkan)

.....

Prof. Dr. Kadir ARICI

.....

Doç Dr. Aydın BAŞBUĞ

ÖNSÖZ

Cezai şart, son zamanlarda gerek bireysel gerek toplu iş sözleşmelerinde geniş uygulama alanına sahiptir. Bir Borçlar hukuku kurumu olan ve Borçlar Kanununda tanzim edilmiş cezai şartın iş sözleşmelerinde kararlaştırılmasına ilişkin olarak İş Hukuku mevzuatımız herhangi düzenleyici bir hüküm içermemektedir. Ancak bu hususta yasaklayıcı bir hüküm de bulunmadığından sözleşmeler alanında uygulama alanına sahip cezai şart kurumu, İş hukukunun kendine özgü niteliğine uygun düştüğü ölçüde iş sözleşmelerinde de uygulama alanı bulabilecektir. Yargıtay da, kural olarak iş sözleşmelerine konulan cezai şartın geçerliliğini, işçi aleyhine tek taraflı olarak öngörülmemesi ve her iki taraf için de öngörülmesi şartlarına bağlı tutarak bu hususta işçiyi koruyucu içtihatlar getirmiştir.

Çalışmamızın genel anlamda cezai şart kısmını oluşturan birinci ve ikinci bölümlerinin yazımında, cezai şart konusunda yazılmış pek çok kitap, makale ve eser ile Borçlar Hukuku kitaplarından yararlanılmış, tez çalışmamızın ana konusunu teşkil eden üçüncü ve dördüncü bölümlerinin yazımında ise, çeşitli iş hukuku kitapları ile konuya ilişkin çeşitli makaleler ve dökümanlardan faydalanılmıştır. Konuyla ilgili yargı kararları incelenmiş ve konuya ilişkin değişik görüşlere ve Yargıtay uygulamasına çalışmamızda yer verilmiş ve belirli bir metod çerçevesinde mevcut tez ortaya çıkarılmıştır.

Yüksek lisans çalışmam sırasında tez danışmanlığımı yapan, katkı ve yardımlarını esirgemeyen değerli hocam Doç. Dr. Aydın Başbuğ'a teşekkürlerimi ifade etmeyi bir borç biliyorum.

Çalışmam sırasında desteğini hep hissettiğim sevgili eşim Atilla Bulut ve tezi hazırlama sürecinde dünyaya getirdiğim minik oğlum Yağız Eren'e, tezi tamamlamam konusunda beni daima motive eden değerli anne ve babama minnettarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK CEZAI ŞART

I. CEZAI ŞART KAVRAMI, CEZAI ŞARTIN AMACI VE UNSURLARI.....	4
A.Cezai Şart Kavramı	4
B.Cezai Şartın Amacı.....	6
1.Borçluyu İfaya Zorlama.....	6
2.Tazminat Miktarındaki Uyuşmazlıkları Önleme.....	7
3.Sözleşmeden Dönmenin Kolaylaştırılması.....	8
4.Borçluyu Sorumluluktan Kurtarma.....	8
5.Konusu Para Olmayan Alacakların Güvenceye Alınması.....	9
C.Cezai Şartın Unsurları.....	9
1.Geçerli Bir Asıl Borcun Mevcut Olması.....	9
2.Asıl Borç Yanında Ayrı ve Bağımsız Bir Edimin Bulunması..	11
3.Asıl Borç İle Cezai Şart Arasında Asli-Fer'i Borç İlişkisinin Bulunması(Bağılılık İlkesi).....	12
4.Cezai Şartın Sağlararası İşlemlerle Öngörölmüş Olması.....	14
II.CEZAI ŞARTIN HUKUKİ NİTELİĞİ,BENZERİ HUKUKİ KURUMLARDAN OLAN FARKI VE UYGULAMA ALANI.....	15

A.Cezai Şartın Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Doktrinde İleri Sürülen Görüşler.....	15
1.Ceza Görüşü.....	15
2.Sigorta Görüşü.....	15
3.Tazminat Görüşü.....	16
4.Ceza-Tazminat Görüşü.....	16
5.Götürü Tazminat Görüşü.....	16
B.Görüşlerin Değerlendirilmesi	17
C.Cezai Şartın Benzer Kurumlardan Olan Farkı.....	17
1.Pey Akçesi ve Cezai Şart.....	17
2.Pişmanlık Akçesi ve Cezai Şart.....	18
D.Cezai Şartın Uygulama Alanı.....	20
1.Borçlar Hukukunda Cezai Şart.....	20
2.Medeni Hukukta Cezai Şart.....	20
3.Ticaret Hukukunda Cezai Şart.....	21
III.CEZAİ ŞARTIN ÖZELLİKLERİ.....	22
A.Ceza Fonksiyonu.....	22
B.Cezai Şartın Doğumunun Temerrüde Bağlı Olmaması.....	22
C.Feri Bir Hak Olması.....	23
IV.CEZAİ ŞARTIN TÜRLERİ.....	24
A.Seçimlik Cezai Şart.....	24
B.İfaya Eklenen Cezai Şart.....	25
C.İfayı Engelleyen Cezai Şart-Dönme Cezası.....	26

V.CEZAİ ŞARTIN TENKİSİ.....	27
A.Hakimin Müdahalesi.....	27
1.Geçerli Bir Cezai Şartın Bulunması.. ..	29
2.Cezai Şartın Muaccel Olması.....	29
3.Cezai Şartın Henüz İfa Edilmemiş Olması.....	29
4.Cezai Şartın Aşırı Derecede Yüksek Olması.....	30
a.Alacaklının Çıkarları.....	30
b.Borçlunun Kusurunun Ağırılık Derecesi.....	31
c.Borca Aykırılığın Ağırılığı.....	31
d.Tarafların Ekonomik Durumları.....	32
B.Borçlunun Ekonomik Geleceğinin Sarsılması.....	33

İKİNCİ BÖLÜM

BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA CEZAİ ŞART

I.İŞ HUKUKUNDA CEZAİ ŞARTIN ÖNEMİ.....	36
A.İşveren Açısından.....	38
B.İşçi Açısından.....	40
II.İŞ HUKUKUNDA CEZAİ ŞARTIN HUKUKSAL KAYNAKLARI.....	42
A.İş Sözleşmesi.....	43
1.Belirli Süreli İş Sözleşmesi.....	43
2.Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi.....	51
3.Kısmi Süreli İş Sözleşmesi.....	54
B.Genel İş Koşulları(Formüler İş Sözleşmeleri).....	55
C.İşyeri İç Yönetmeliği.....	59
III.CEZAİ ŞART VE FESİH HAKKININ SINIRLANDIRILMASI.....	62

A.Genel Olarak Fesih Hakkının Sınırlandırılması.....	62
B.Fesih Hakkının Cezai Şart İle Sınırlandırılması.....	63
1.İşçinin Fesih Hakkının Sınırlandırılması.....	66
2.İşverenin Fesih Hakkının Sınırlandırılması.....	68
C.Cezai Şartın Taraflardan Her İkisi veya Yalnız Birisi Aleyhine Öngörülmesi Durumu.....	83
1.Her İki Taraf İçin Getirilen Cezai Şart.....	83
2.Taraflardan Birisi İçin Cezai Şartın Getirilmesi Sorunu.....	85
IV-İŞ HUKUKUNDA CEZAI ŞARTIN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	96
A.Genel Olarak.....	96
1.Cezai Şartın Geçerliliği Halinde.....	96
a.Genel Olarak.....	96
b.Cezai Şartın Geçerli Ancak Fahiş Olması Hali.....	102
2.Cezai Şartın Geçersizliği Durumu.....	102
B.Cezai Şartın Tenkisi Sorunu.....	105
1.Tenkisi Reddeden Görüş.....	110
2.Tenkisi Kabul Eden Görüş.....	110
3.Yargıtay Uygulaması.....	111
4.Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	114

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TOPLU İŞ HUKUKUNDA CEZAI ŞART

I.TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ÖZERKLİĞİ VE CEZAI ŞART.....	116
A.Genel Olarak Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği.....	116

B.Uygulanacak Toplu İş Sözleşmesinde Cezai Şart Hükümlerinin Getirilmesi.....	117
1.Normatif Hüküm Olarak Cezai Şart.....	120
2.Borç Doğurucu Hükümler ve Cezai Şart.....	124
II.TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDE YER ALAN CEZAI ŞART HÜKÜMLERİNİN İŞ SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ.....	126
A.Normatif Etki.....	126
B.Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Üzerinde İş Sözleşmesi İle Hak Getirilmesi ve Cezai Şart.....	127
1.Genel Olarak İş Sözleşmeleriyle Toplu İş Sözleşmelerinin Üzerinde Getirilen Hakların Geçerliliği Sorunu.....	127
2.Cezai Şartın İş Sözleşmesi İle Değiştirilmesi Sorunu.....	128
C.Süresi Sona Eren Toplu İş Sözleşmelerinin Etkisi ve Cezai Şart..	130
III.TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNE HAKİMİN MÜDAHALESİ VE CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ.....	131
A.Genel Olarak.....	131
B.Cezai Şartın Tenkisi İle İlgili Görüşler.....	133
1.Tenkisi Reddeden Görüş.....	133
2.Tenkisi Kabul Eden Görüş.....	134
3.Yargıtay Uygulaması.....	135
4.Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	139
SONUÇ.....	142
KAYNAKÇA.....	146
ÖZET.....	151

ABSTRACT.....	153
---------------	-----

KISALTMALAR

AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	Borçlar Kanunu
bkz.	bakınız
C.	Cilt
ÇSG Bakanlığı	Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
E.	Esas
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
K.	Karar
Kamu-İş	Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Dergisi
karş.	karşılaştırınız
m.	Madde
MK	Medeni Kanun
s.	Sayfa

S.	Sayı
S.'lı	Sayılı
T.	Tarih
TİS	Toplu İş Sözleşmesi
TİSGLK	Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TÜHİS Sendikası Dergisi	Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri
vd	ve devamı
Yarg.	Yargıtay
YHD	Yasa Hukuk Dergisi
Yarg.İBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

Borç ilişkilerinde kural olan tarafların sözleşmeden kaynaklanan edimlerini sözleşmeye uygun olarak yerine getirmeleridir. Ancak borcun hiç veya sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi durumu her zaman için söz konusu olabildiğinden uygulamada birtakım uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Yargı mercilerine taşınan bu tür uyuşmazlıklarda zarar - kusur ispatı gibi hususlar gündeme geldiğinden ve ispat zorlukları nedeniyle alacağını elde edememek gibi güçlüklerle karşılaşabilen alacaklı, bu alacağını güçlendirmek amacıyla birtakım hukuki araçlara başvurmak istemektedir. İşte bu noktada rehin, kefalet gibi teminat sözleşmelerinin haricinde bir de bir Borçlar Hukuku kurumu olan ve Borçlar Kanunumuzun 158 - 161. maddelerinde tanzim edilmiş cezai şart müessesesi karşımıza çıkmaktadır.

Asıl borca bağlı fer'i bir edim niteliği taşıyan cezai şart müessesesinde amaç, borçluya psikolojik baskı yapmak suretiyle borcunu ifaya zorlamak ve söz konusu borcun ifasını teminat altına almaktır. Cezai şart kararlaştırılması halinde alacaklı herhangi bir zarara uğradığını yahut bu zararın kapsamını ispat zorunda olmaksızın tazminat elde etmek imkanına kavuşmaktadır.

“İş hukukunda cezai şart”ı tez çalışmamızın konusu olarak seçmemizin nedeni, öncelikle cezai şart müessesesinin geniş bir uygulama alanına sahip olması olup son yıllarda İş hukukumuzda, iş sözleşmelerine de fazlaca girmeye başlamasıdır. İş sözleşmelerinde cezai şart, genel olarak, iş sözleşmelerinin feshine karşı akdi olarak sınırlama getirilmesi ve bu suretle feshe karşı koruma getirilmesi amacıyla kararlaştırılmaktadır. Son zamanlarda teknolojik gelişmeler iş piyasasında nitelikli elemanlara olan talebi arttırmıştır. İşverenler nitelikli elemanları ile belirli süreli iş sözleşmesi yapmakta, bu işçilerini işyerine bağlamak, bu suretle sözleşmenin süresinden evvel feshini engellemek istemektedirler. İşveren, bu tarz işçilerini mesleki eğitime tabi tutmak suretiyle de elde etmiş olabileceğinden eğitime tabi tuttuğu işçilerini işyerine bağlamak amacıyla, sözleşmeye cezai şart ya da

geri ödeme kayıtları konulmaktadır. İş sözleşmeleri haricinde, toplu iş sözleşmeleri ile rekabet yasağı sözleşmeleri de İş hukukunda cezai şarta yer verilen diğer önemli hukuksal kaynaklardır. Toplu iş sözleşmesinde cezai şart, işçilere iş güvencesi sağlamaya yönelik hükümlerin yaptırımı olarak (fesih hakkının sınırlandırılması, fesih hakkının kullanımının belirli prosedüre bağlanması, bu hükümlere aykırılığın yaptırımı) karşımıza çıkmaktadır. Ancak İş Hukuku mevzuatımız genel itibariyle işçiyi koruma amaçlı emredici hükümler getirdiğinden, bu hükümlere ve İş hukukunun kendine özgü niteliği, koruduğu çıkar dengesine aykırı olmamak koşuluyla cezai şart, iş sözleşmelerinde de uygulama alanı bulabilmektedir.

Cezai şart kurumu ile ilgili olarak pek çok eser ve tez çalışması bulunmakla birlikte, cezai şartın İş hukukundaki uygulamasına dair fazlaca eser bulunmamaktadır. Konunun incelenmesi, genel olarak, birkaç makale çalışması ile birlikte sınırlı kalmış olup bunlar da fesih hakkının sınırlandırılması, eğitim giderleri karşılığı olarak iş sözleşmelerinde cezai şart öngörülmesine ilişkin hususlarda yazılmıştır. Ayrıca konu, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Seminerlerinde de gündeme gelmiş ve bu seminerlerde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır.

Çalışmamız bu girişten başka, dört “Bölüm” ve bir “Sonuç” kısmından oluşmaktadır.

Konuya ilişkin olarak İş Hukuku mevzuatımız herhangi bir hüküm içermediğinden ve dolayısıyla bu hususta Yargıtay kararları bazı görüşlerin oluşum ve gelişiminde etken olduğundan konuya ilişkin Yargıtay kararları titizlikle seçilmiş ve bu kararlara çalışmamızda ayrıntılı yer verilmiştir.

Birinci bölümde, cezai şart kavramı ve temel özellikleri başlığı altında, cezai şartın tanımı, amacı ve unsurları, cezai şartın hukuki niteliği, benzeri hukuki kurumlardan olan farkı ve uygulama alanı, özellikleri, cezai şartın türleri incelenmiştir.

İkinci bölümde, cezai şartın hüküm ve sonuçları başlığı altında, cezai şartın muaccel olmasından önceki hüküm ve sonuçları, cezai şartın muaccel

olması, cezai şartın hükümsüzlüğü, cezai şartın tenkisi, cezai şartın sona ermesi konuları incelenmiştir.

İş hukukunda cezai şartın önemi, iş hukukunda cezai şartın hukuksal kaynakları, cezai şart ve fesih hakkının sınırlandırılması, iş hukukunda cezai şartın hüküm ve sonuçları, bireysel iş hukukunda cezai şart başlığı altında üçüncü bölümde incelenmiştir.

Dördüncü bölüm, toplu iş hukukunda cezai şart kısmına ayrılmış olup, bu bölümde, toplu iş sözleşmesi özerkliği ve cezai şart, cezai şart hükmünün hukuksal niteliği, cezai şartın iş sözleşmelerine etkisi, toplu iş sözleşmesine hakimin müdahalesi ve cezai şartın indirilmesi konuları bu bölümde ele alınmıştır.

Tez çalışmamız, araştırmanın belli başlı sonuçlarını içeren bir sonuç bölümüyle sona ermektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK CEZAI ŞART

I.CEZAI ŞART KAVRAMI,CEZAI ŞARTIN AMACI VE UNSURLARI

A. Cezai Şart Kavramı

Gerek Türk Hukukunda gerekse yabancı hukuk sistemlerinde çeşitli terimlerle ifade edilen cezai şart kavramı, doktrin ve uygulamada oldukça önemli bir yer teşkil eder. Hukuk sistemimizde “ceza şartı” ya da “ceza koşulu”, “mukavele cezası”, “akdi ceza”, “sözleşmesel ceza” ve “cezai sözleşme kaydı” olarak da değişik terimlerle ifade edilen cezai şart, Türk İsviçre Borçlar Hukuku sisteminde Borçlar Kanununun Umumi Hükümler kısmında “Borçların Nevileri” başlığını taşıyan 4. bapta (BK m.158-161) düzenlenmiştir. Ancak Türk kanun koyucusu da, tıpkı İsviçre, Alman ve Fransız kanun koyucuları gibi genel bir tanım vermemiş, daha ziyade cezai şart kavramının hüküm ve sonuçlarını düzenlemiştir. Bu sebeple doktrinde konuya ilişkin çeşitli tanımlar verilmiş olup bunlar esas itibariyle birbirinin benzeri ve tamamlayıcısıdır.Doktrinde verilen bazı tanımlara yer verecek olursak;

“Cezai şart, yaşayanlar arasında yapılan öyle bir hukuki muameledir ki, onunla borçlu borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde bir edada bulunmayı alacaklıya karşı taahhüt eder.”¹

“Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaat ettiği, ekonomik değeri haiz hukuki muamele ile belirlenmiş bir edimdir.”²

1 Necip Bilge, **Cezai Şart**, Esat Arsebük’e Armağan’dan ayrı bası, Ankara ,1957, s.39

2 Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11.Baskı, İstanbul, Beta yayıncılık, 2009, s.1133

“Cezai şart, borcun öngörüldüğü zaman ve gereği gibi ifa edilebilmesini temin etme amacı ile alacaklıya zararını isbat yükümlülüğü yüklenmeden belli bir tazminat alabilme olanağı sağlayan bir kayıttır.”³

“Cezai şart, esas mukaveleye bağlı olarak vücuda gelen ve borçlunun, borcunu ifa etmemesi veya geç yerine getirmesi veyahut noksan ifa etmesi ve nihayet şart kılınan mahalde icra etmemesi halinde, alacaklıya muayyen bir meblağ verilmesi şartını kapsayan bir taahhüttür.”⁴

“Bir edimin yerine getirilmemesinde ya da belirlenen an ve yerde edimden kaçınmada, genellikle para olan bir tutarın, ceza olarak verilmesinin sözleşilmesi, ceza koşuludur.”⁵

“Cezai şart öyle bir edim taahhüdüdür ki, onunla borçlu, alacaklıya karşı asıl borcunu tam ve eksiksiz olarak zamanında ve yerinde ifa etmemesi halinde bir edimde bulunmayı yükümlenir ya da borçlu kararlaştırılan bedeli ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı kazanır.”⁶

Bunun gibi doktrinde daha pek çok tanım verilmekle birlikte, daha önce de ifade ettiğimiz gibi bunlar, bazı ifade değişiklikleri dışında birbirinin benzeridir.

Yargıtay kararlarına baktığımızda ise cezai şart, “geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken ve malca değeri olup, bir hukuki işlemde belli edilen götürü edimdir.”⁷ şeklinde tanımlandığını görürüz.

Bizce de dönme cezasını da kapsayacak şekilde bir tanım verilecek olursa cezai şart, “alacaklı ile borçlu arasında tek taraflı bir hukuki

³Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt-II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2.Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977,s.388

⁴ Yusuf Z. Binatlı, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara,1978, s.307

⁵ Taylan Taylan, “Ödencel Eklenti Sözleşme: Ceza Koşulu”, **Yasa Hukuk Dergisi**, 1978, S.1, s.48

⁶ Hüseyin Ekinci, **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, s.26-27

⁷ Yarg. HGK, 17.2.1971 gün, 1505/85 S.’lı K. (Ekinci,a.g.e., s.26)

muameleden yahut bir akidden kaynaklanan borcun borçlu tarafından yerine getirilmemesi, eksik yerine getirilmesi yahut gereği gibi yerine getirilmemesi halinde ödenmesinin yahut da borçlunun ödeyerek sözleşmeden dönme hakkını kazanacağına kararlaştırıldığı bir miktar para veya ekonomik nitelik taşıyan değer ya da bedeldir.”

B. Cezai Şartın Amacı

Akdi ilişkilerde genel itibariyle asıl olan sözleşme taraflarının borçlarını sözleşmeye uygun olarak yerine getirmeleri ise de; tarafların akde riayet etmemeleri neticesinde bir takım uyuşmazlıklar ortaya çıkar. Davaların uzun sürmesi ve davada kusur-zarar ispatı ile ilgili sorunlar nedeniyle alacaklı çoğu durumda alacağını elde edemez duruma düşer ve bu sebeple alacağını güvence altına almak, böylece borçluya psikolojik baskı yapmak suretiyle bazı ek hukuki araçlardan faydalanmak ister. Rehin ve kefalet yanında alacaklının bu amacına hizmet eden cezai şart alacaklıyı uğranılan zararı ispat etme külfetinden kurtarmak suretiyle de alacaklının kendini güvende hissetmesini sağlar. Böylece alacaklı cezai şart ile alacağını güçlendirir.

Genel olarak değindikten sonra, cezai şartın amacı bir diğer deyişle işlevinin neler olduğunu aşağıda başlıklar halinde inceleyecek olursak;

1. Borçluyu İfaya Zorlama

Cezai şartın en önemli işlevlerinden biridir. Buna “teminat”⁸ ya da “önleme” işlevi de denilmektedir. Cezai şart kararlaştırılmasıyla, asıl borcun kapsamı genişletilmek veya asıl borca eklenmek suretiyle, borçlu üzerinde psikolojik baskı yaratılmakta ve borçlu ifaya zorlanmakta, böylece borçlunun borcunu ihlal etmesi engellenmektedir.⁹ Özellikle önemli bir meblağ olarak cezai şart kararlaştırılmış olması durumunda, borçlunun azami derecede taahhütlerine dikkat göstermesi sağlanmış olur. Aksi takdirde borçlu tespit

⁸ Bilge, a.g.e., s.83

⁹ Köksal Kocağa, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.s. 42-43

edilen yüksek meblağı ödemek durumunda kalacağından, asıl borcu yerine getirmeye ve fer'i nitelikteki cezai şarttan kurtulmaya çalışacaktır.¹⁰ Zarar ve ispat şartına bağlı olmadan cezai şart istenebilmesi ve uygulamada da genel olarak mahkemece hükmedilecek tazminattan yüksek cezai şart kararlaştırılması nedeniyle borçlu, borcunu ifa hususunda daha fazla çaba sarf edecektir.

2. Tazminat Miktarındaki Uyuşmazlıkları Önleme

Borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmeyen borçlu, Borçlar Kanunu 96. madde gereğince alacaklının uğradığı zararı tazmin etmekle mükelleftir. Ancak bunun için alacaklının, uğradığı zararın varlığını ve miktarını ispat etmesi gerekir. Bu durum ise her zaman kolay değildir. İşte bu nedenle tazminat önceden ve götürü olarak cezai şartla tespit edilerek alacaklıyı bu ispat külfetinden kurtarır ve alacaklıya kendini güvende hissettirir. Türk Borçlar Kanunu bu hususu açıkça hükme bağlamamış ise de, aksini düşünmek cezai şartın mahiyeti ile bağdaşmaz. Öyleyse ne hakim ne de borçlu taraf alacaklıya zararın miktarı ve varlığını ispat külfeti yükleyemeyecekleri gibi, borçlu da alacaklının hiçbir zararının bulunmadığını ispat ederek cezai şartı ödemekten kurtulma imkanına sahip olmaz.¹¹ Yargıtay da bir kararında, "tazminat miktarı davacı ile davalılar arasındaki anlaşmada maktu olarak tayin edildiğinden davacı ayrıca zararını ispat ile mükellef değildir." demek suretiyle bu duruma açıklık getirmektedir.¹²

Ancak cezai şartın tazminatla ilgili gayesini tamamen gerçekleştiremeyeceğini belirten yazarlar mevcuttur. Çünkü Borçlar Kanunumuzun 159 ve 161. maddelerinin 2. fıkralarının, cezai şartın tazminat gayesini gerçekleştirmesine kısmen engel teşkil ettiğini belirtirler.¹³ Borçlar Kanunu m.159/2' ye göre, cezai şartı aşan zarara uğrayan alacaklı,

¹⁰ Kocağa,a.g.e., s.43, Turgut Önen, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Ağustos 1999, s.120

¹¹ Bilge,a.g.e., s.84

¹² Yargıtay 3. HD' nin 15/04/1954 tarihli kararı (Bilge,a.g.e., s.84-85)

¹³ Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul ,Baha Matbaası, 1963, s.49

borçlunun kusurunu ispat şartıyla bu zararını da tazmin ettirebilir.¹⁴ Borçlar Kanunu m.161/III' e göre ise, borçlu aşırı derecede yüksek olan cezai şartın tenkisini talep edebilir.

3. Sözleşmeden Dönmenin Kolaylaştırılması

İfayı engelleyen cezai şart ya da bir başka deyimle fesih cezası, dönme cezasını hükme bağlayan Borçlar Kanunumuzun 158/III. fıkrasında, borçluya cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Ancak aynı gayeyi pişmanlık akçesi de temin ettiğinden ve uygulamada daha yaygın bulunduğundan ifayı engelleyen cezai şarta pek rastlanmaz.¹⁵

İfayı engelleyen cezai şart, Borçlar Kanunumuzun 351. maddesinde hükme bağlanan rekabet yasağı sözleşmesi hariç, ancak tarafların açık iradelerinden doğar ve varlığını ispat borçluya düşer. Aksi takdirde BK m.158/I veya II' de tanzim edilen seçimlik cezai şart veya ifaya eklenen cezai şartın varlığı kabul edilir. BK m.351/II' de ise ispat yükü ters çevrilmiştir. Bu hükme göre rekabet yasağına aykırı davranılması halinde cezai şart ödeneceği kararlaştırılmış ise, işçi ilke olarak cezai şartı ödemek suretiyle rekabet yasağından kurtulmuş olacaktır. Ancak bu hak yalnız işçiye tanınmış olup, işçinin sözleşmeden dönme hakkını haiz olduğu varsayılır. Aksini iddia eden işveren, iddiasını ispata mecburdur.¹⁶

4. Borçluyu Sorumluluktan Kurtarma

Bu amacı güden cezai şartlarda, borçlunun borcunu yerine getirmemesi ister kusuruna ister mücbir sebebe dayansın, borçlu cezai şartı ödemeyi taahhüt etmektedir. Bu tür cezai şartlarda, cezai şart talih ve

¹⁴ “Alacaklı, ceza koşulunu aşan bir zarara uğradığı, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe bunu isteyemez” Yarg. 13. HD, 13/11/1980T, E. 4432, K. 5838, Benzer şekilde Yarg. 15 HD., 22.2.1982 T., E.113, K.391 ve Yarg. 13HD., 6.10.1982T., E.5088, K.5709 (Turgut Uygur, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler**, II.Cilt, Ankara, 1990,s.788,781,782)

¹⁵ Tunçomağ,a.g.e.,s.50, Kocağa,a.g.e.,s.45-46

¹⁶ Kocağa,a.g.e.,s.48-49

tesadüfe bağlı bir sözleşme görünümündedir. Bu tür cezai şartta, borçluyu her tür zarardan sorumlu tutma gayesi gerçekleşecektir.¹⁷

5. Konusu Para Olmayan Alacakların Güvenceye Alınması

Menkul rehni, bir alacağı teminat altına almak için bir taşınır eşya, hak veya alacak üzerinde kurulan ve rehin hakkı sahibine, borcun yerine getirilmemesi halinde teminat konusunu paraya çevirterek alacağı tahsil etme yetkisi veren bir rehin türüdür.¹⁸ Yani para dışındaki alacakların da menkul rehni ile teminat altına alınması mümkündür. Ancak para dışındaki alacakların önce paraya çevrilmesi zaruridir. Fazlaca bir mali değeri olmayan alacakların paraya çevrilmesi yolu alacaklı için güç ve karışık olması sebebiyle bunların doğrudan menkul rehni ile kuvvetlendirilmesi yerine, bunlar için önce bir cezai şart tespiti sonra da bu cezai şartı taşınır rehni ile teminat altına alma yolu alacaklı için daha kolay olacaktır.¹⁹

C. Cezai Şartın Unsurları

1. Geçerli Bir Asıl Borcun Mevcut Olması

Cezai şartın varlığını kabul edebilmek için her şeyden önce cezai şartla kuvvetlendirilmek istenen geçerli bir asıl borcun mevcudiyeti gerekir.²⁰ Bu geçerli ve mevcut asıl borç sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi tek taraflı hukuki işlemde, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, kanundan veya aile hukukundan doğabilir. Bu anlamda asıl borcun içeriği de önemsizdir. Verme borçlarının yanı sıra yapma veya kaçınma (yapmama) borçları bakımından da cezai şart öngörülebilmektedir. Buna en güzel örnek BK m. 351'de düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesidir. Yargıtay 1960 tarihine kadar verdiği kararlarda verme borcu oluşturan para borçları

¹⁷ Tunçomağ,a.g.e.,s.51-52

¹⁸ Kocağa,a.g.e.,s.275

¹⁹ Tunçomağ,a.g.e.,s.52

²⁰ Ekinci,a.g.e., s.27, Cevdet İlhan Günay, **Cezai Şart (BK m.158-161)**, Ankara,Turhan Kitabevi, 2002,s.23, Kocağa,a.g.e., s.85, Veli Karagöz, **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, Ankara,Seçkin yayınevi, 2006, s.24

bakımından, zarar ve ziyanın tazmininin ancak faizle olduğu, faizle karşılanmayan zararlar açısından tazminata karar verilebileceği, bu borçlar için cezai şart kararlaştırılmasının mümkün olmadığı görüşünü benimsemişken²¹ daha sonraki kararlarında bu görüşünü terk etmiş, nitekim Hukuk Genel Kurulu 17.2.1971 Tarih, E.4-405, K.85 ile 12.4.1989 T, E.11-140, K.260 sayılı kararlarında para borçları için de cezai şart kararlaştırılabileceğini vurgulamıştır.

Cezai şart ile kuvvetlendirilmek istenen borç hukuken geçerli bir borç olmalıdır. BK m.161/III' de öngörülen nedenlerden biriyle batıl bir asıl borcun varlığı halinde, cezai şart da batıl olacaktır. Yargıtay da kararlarında geçersiz sözleşmenin kuvvetlendirilmesi için öngörülen cezai şartı da geçersiz kabul etmektedir.²² Aksinin kabulü halinde, kanunen yasak edilmiş hukuki işlemlerin ifası mümkün hale gelirdi.²³

Yine asıl borcun şekil eksikliği nedeni ile hükümsüz olması durumunda asıl borcun fer'i cezai şart da hükümsüz olacaktır.²⁴

Eksik borçlardan bir kısmı için cezai şart öngörülebilir ise de (zamanaşımına uğramış borçlar, ahlaki bir ödevin yerine getirilmesine ilişkin borçlar), diğer birtakım eksik borçların (bahis ve kumar borçları ile evlenme tellallığından doğan borçlar) cezai şartla güçlendirilmesi mümkün değildir.²⁵ Benzer şekilde, aile hukukundan kaynaklanan nişanlanma, evlenme ve boşanma ile evlat edinme için de cezai şart kararlaştırılmaz. Aksi kabul edilecek olursa, kişilik haklarına engel teşkil edecektir.²⁶ Medeni Kanunumuzun 119/2.maddesi, evlenmeden kaçınma hali için öngörülen

²¹ Yarg 3. HD, 16.1.1938 tarihli karar, 4HD. , 22.12.1947 Tarih, 7284 -5387 S' lı karar (Bilge,a.g.e., s. 64; Ekinci, s. 33)

²² Yarg. 15. HD, 7.2.1977 Tarih, 1977/46E, 1977/254K; Benzer şekilde 4. HD, 31.5.1974T, 3787E, 2959K; HGK 28.9.1979T, 13323E, 1267K; 4HD, 18.4.1968T, E. 3458, K.3821; 3HD, 6.2.1989T, E. 6897, K.1319; 4HD, 24.6.1957T, E.1586, K.4175; 13. HD, 22.11.1983T, E. 7823, K.8211 (Uygur,a.g.e., s. 741-742-743)

²³ Günay,a.g.e., s.12

²⁴ Yarg. 14.HD, 24.12.1984T, 1984/6592-8181 (Salter Uçar, **Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması**, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 1993, s.34)

²⁵ Tunçomağ,a.g.e., s.11-12, Eren, a.g.e.,s.1135, Kocağa,a.g.e., s.100-101

²⁶ Kocağa,a.g.e., s.79

cezai şartın dava edilemeyeceği, yapılan ödemelerin geri talep edilemeyeceği hükmünü içerir.

İptal edilebilir borçlar bakımından yani irade sakatlığı hallerinde ise, iradesi sakatlanan kişi iradesini açıklayana veya en geç 1 yıllık süre dolana kadar, asıl borç gibi asıl borcun fer'isi olan cezai şart da geçerlidir²⁷

Taraflar cezai şartı, ya asıl borcu doğuran sözleşmede bir kayıt olarak belirlerler yahut da ayrı bir ek anlaşma ile sonradan kararlaştırabilirler.²⁸ Cezai şart miktarının önceden kesin olarak belirlenmiş olması zaruri değildir, belirlenebilir olması kafidir. Önemli olan cezai şarta ilişkin edimin ekonomik değer taşıyıp taşımadığıdır. Manevi değerler cezai şart olarak belirlenemez.²⁹ Ancak cezai şartın konusunu oluşturan edim için gerekli bu husus cezai şartla kuvvetlendirilmek istenen asıl borç açısından zorunlu değildir. Asıl borcun mutlaka ekonomik bir değer taşıması gerekli değildir.³⁰

2. Asıl Borç Yanında Ayrı ve Bağımsız Bir Edimin Bulunması (Cezai Şartın Ekonomik Değer Taşıyan Ayrı Bir Edim Olması)

Cezai şartın varlığından söz edebilmek için asıl borçtan ayrı ve bağımsız nitelik taşıması, ondan ayrı bir edim içermesi gerekir.³¹ Cezai şart, asıl borca eklenen veya onu arttıran yeni ve bağımsız bir edimdir. Bu itibarla asıl borç ilişkisinde zaten mevcut olan birtakım mahrumiyetler, asıl borçta zaten mevcut hak ve menfaatlerin kaybedilmesi (borcun zamanında ödenmemesi halinde temerrüt faizi ödeneceği gibi), cezai şart olarak kararlaştırılamayacağı gibi³² mevcut bir hakkın sınırlandırılması veya ortadan kaldırılmasının kararlaştırıldığı durumlarda da(müteahhidin eser tesliminde geciktiği her ay için alacağının bir kısmını talep hakkını kaybedeceği gibi)

²⁷ Kocağa,a.g.e., s.99

²⁸ Günay,a.g.e., s.23

²⁹ Karagöz,a.g.e., s.25-26

³⁰ Ekinci,a.g.e., s.30, Tunçomağ,a.g.e., s.7

³¹ Günay,a.g.e., s.27, Karagöz,a.g.e., s.26

³² Ekinci,a.g.e., s.36-37

cezai şarttan bahsedilemez.³³ Nitekim BK m. 157’ de işçi ücretlerinde yapılan fiyat ve ücret tenziline ilişkin anlaşmaların aksine adet veya sözleşme bulunmadıkça, cezai şart sayılamayacağı belirtilmiştir. Ancak sözleşme ile aksinin kabulü mümkündür.³⁴ Ancak bu tür kayıtlar bakımından cezai şarta ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir.³⁵ Kısmen ödeme halinde ayrı ve bağımsız bir edimden bahsedilemeyeceğinden temerrüt halinde yapılan ödemenin alacaklıya kalacağına ilişkin kayıtlar da cezai şart değildir. Ancak BK m. 160/1, cezai şarta ilişkin hükümlerin bu tür anlaşmalara uygulanacağını belirtmektedir. Ancak maddenin ikinci fıkrasında taksitle satışa dair hükümler saklı tutulmak suretiyle 160/1. maddenin uygulama alanı daraltılmış bulunmaktadır.³⁶

3. Asıl Borç İle Cezai Şart Arasında Asli - Fer’i Borç İlişkisinin Bulunması (Bağıllık İlkesi)

Cezai şart ile, bir asıl borç kuvvetlendirilmek istendiğinden ortada her şeyden önce ifası teminat altına alınmak istenen bir asıl borcun varlığı gerekir.³⁷ Cezai şartın varlığı ve kaderi, işte bu ifası kuvvetlendirilmek istenen asıl borcun varlığı ve kaderine bağlıdır. Bu durum cezai şartın fer’i olma niteliğinden kaynaklanır. Asıl borç ile cezai şart arasında asli-fer’i borç ilişkisi yoksa, seçimlik borçtan söz etmek gerekir.³⁸

Cezai şartın fer’iliği muaccel olduğu ana kadardır, cezai şart alacağı muaccel olduktan sonra bağımsız bir nitelik kazanır.³⁹

³³Karagöz,a.g.e., s.26, Yargıtay 13. HD 29.9.1983 Tarih, E. 3693, K. 6491 sayılı kararında, “sözleşmede ceza şartı, akdin icra edilmemesi hali için öngörülmüştür. Süresinde teslim edilmeme nedeniyle uğradığı zarara karşılık kira yoksunluğunun istenmesi , ceza şartı olmadığı için, ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin dükkanların teslim alınmış olması, istek konusu zararın düşmesine neden olmaz” demektedir. (Uygur,a.g.e., s.749)

³⁴ Kocağa,a.g.e., s.104, Ekinci,a.g.e., s.38

³⁵ Karagöz,a.g.e., s.26

³⁶ Ekinci,a.g.e., s.37, Günay,a.g.e., s.28, Tunçomağ, a.g.e.,s.13, Bilge,a.g.e., s.81

³⁷ Karagöz,a.g.e., s.28

³⁸ Kocağa,a.g.e., s.134

³⁹ Kocağa,a.g.e., s.13

Asıl alacak ile cezai şart arasındaki bu aslilik-ferilik ilişkisinin birtakım sonuçları vardır. Asıl borç geçerli değilse, cezai şart sözleşmesi geçerlilik unsurlarını taşısa bile geçersizdir. Borçlar Kanunumuzun 161/2. maddesi şu hükmü havidir. “Ceza, kanuna ve ahlaka (adaba) mugayir bir borcu teyit için şart edilmiş yahut hilafına mukavele olmadığı halde, borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayrı mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez.” Yargıtay’ın değişik kararlarında da benzer ifadelere rastlanmaktadır. “Esas akit geçerli olmayınca, sözleşmede yazılı fer’i şartlar da geçerli olmaz, akit kül halinde hükümsüzdür. Geçerli olmayan satış vaadi senedinde yazılı cezai şart hükümsüz olduğu gibi kaparo ve pey akçesi de alıcı için, haksız mal iktisabı hükmündedir.”⁴⁰ “Cezai şart asıl borcun fer’idir; ona bağlı fakat ayrı bir edim niteliği taşır. Akdin inikadına ilişkin BK’ nın genel hükümleri cezai şarta da uygulanır.”⁴¹

Asıl borca karşı ileri sürülebilen def’i ve itirazlar (mesela zamanaşımı, karşı edimin ifa edilmediği), cezai şarta karşı da ileri sürülebilir.⁴²

Geçerli asıl borç, sonradan ifa, takas, ibra, yenileme ya da ifanın yerine geçen başka bir edimin ifasıyla ortadan kalkarsa, asıl borcun fer’ is nitelikte olan cezai şart da sona erer.⁴³ Cezai şartın fer’ ilik niteliği borcun ifa yeri ve zamanı ile sözleşmenin şekli⁴⁴ ile ilgili hususlar bakımından da kendini gösterir.⁴⁵

Sözleşmeden dönülmesi halinde sözleşme ile birlikte asıl borca bağlı cezai şart da baştan itibaren ortadan kalkar. Ancak aksinin sözleşme ile kabulü mümkündür.⁴⁶ Fesih halinde ise, feshin ileri dönük etkiler doğuran bir işlem olması nedeniyle fesih anına kadar akdin ihlali nedeniyle gerçekleşen

⁴⁰ Yarg. HGK, 20.5.1964 T, 3/751E - 383K (Ekinci,a.g.e., s.54)

⁴¹ Yarg. HGK, 20.03.1974 T, 1053E - 22K, Benzer şekilde Yarg. HGK, 7.2.1979 T, 1977/11-952E, 1979/103K, Yarg. HGK 15.2.1989T, 1985/11E, 1989/85K (Ekinci,a.g.e., s.54,55,56,57,58,59,60)

⁴² Karagöz,a.g.e., s.29

⁴³ Karagöz,a.g.e., s.29

⁴⁴ Yarg. 13. HD, 26.5.1980T, 1980/2333E, 1980/3412K (Ekinci, a.g.e.,s.67)

⁴⁵ Kocağa,a.g.e., s.137-138

⁴⁶ Kemal Oğuzman,Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul,Filiz Kitabevi,2006, s.903

cezai şarta ilişkin talebi etkilemeyecektir. Ancak fesihten sonra gerçekleşen olaya dayanarak da cezai şart talep edilemez.⁴⁷

4. Cezai Şartın Sağlararası İşlemle Öngörölmüş Olması

Borca aykırılık halinde, borçlu tarafından ödenmesi gerekli edim sözleşmenin tarafları değil de kanun veya hakim tarafından belirlenirse, bu durumda cezai şarttan bahsedilemez.⁴⁸ Bu sebeple ceza koşulu, ancak sağlar arası bir hukuki işlemde kaynaklanabilir. Sağlar arası işlem demek, taraflarının sağlığında hüküm ve sonuçlarını doğuran işlem demektir.⁴⁹ Bu işlem tek taraflı veya iki taraflı olabilir. Bu anlamda ölüme bağlı işlemlerle cezai şart kararlaştırılmaz. Bu işlemlerin şarta bağlı olarak yapılması mümkün olduğundan şekil, konu ve hükümleri açısından Medeni Kanunumuzun şart, mükellefiyet ve mahfuz hisse kurallarına ilişkin hükümlerine tabidir.⁵⁰ Nitekim Borçlar Kanununda olduğu gibi Medeni Kanunda sözleşme içeriğinin tayininde serbesti söz konusu değildir.⁵¹

Miras hukukunun elverdiği içerik, mirasçı nasbı dediğimiz mirasçı atama (MK m.516) veya belirli mal bırakma (MK m.517 vd.) şeklindedir. Dolayısıyla murisin vasiyetnameyle mirasçı veya musalehe (lehine mal vasiyeti yapılan kişi) herhangi bir borç yüklemesi ve bunun yerine getirilmemesi halinde bir edim belirlemesi halinde, bu edime cezai şart denilemeyecektir.⁵²

Cezai şartın bir hukuki işlemle kararlaştırılmış olması gerekir. Borca aykırı davranılması halinde, yerine getirilecek edimi bizzat yasanın belirlediği hallerde cezai şart söz konusu olmaz.⁵³ Bu anlamda Ticaret Kanunumuzun

⁴⁷ Karagöz,a.g.e., s.29-30, Yarg. 15.HD, 13.09.1995T, 1995/12482E, 1995/14550K (Ekinci, a.g.e., s.77)

⁴⁸ Tunçomağ,a.g.e., s.16-17,Uçar,a.g.e., s.16,Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**: Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat 2, 2003 İstanbul, s.1377

⁴⁹ Zahit İmre ,Hasan Erman, **Miras Hukuku**, 5.Bası, İstanbul 2004, s.49

⁵⁰ Karagöz,a.g.e., s.38-39, Tunçomağ,a.g.e., s.18

⁵¹ Tunçomağ,a.g.e., s.18

⁵² Kocağa,a.g.e., s.119, Tunçomağ,a.g.e., s.18

⁵³ Tunçomağ,a.g.e., s.17, Ekinci,a.g.e., s.38

695/3. maddesine göre, karşılıksız çek keşide eden kimsenin, çekin kapatılmayan miktarının yüzde beşini ödemekte mecbur olması bir cezai şart olarak nitelendirilemez.⁵⁴ Ancak kanun tarafından belirlenen bu edim veya cezalar, ayrıca sözleşme tarafları tarafından kararlaştırılmış ise, bu durumda taahhüt edilen miktarı cezai şart olarak kabul etmek ve uygulamak yerinde olacaktır.⁵⁵

II. CEZAI ŞARTIN HUKUKİ NİTELİĞİ, BENZERİ HUKUKİ KURUMLARDAN OLAN FARKI VE UYGULAMA ALANI

A. Cezai Şartın Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

1. Ceza Görüşü

Bu görüş, kanundaki zarar olmasa dahi cezai şartın talep edilebileceği hükmüne dayanarak cezai şartın bir ceza niteliği taşıdığını kabul eder ve ceza kanunlarındaki cezaların önleyici - caydırıcı etkisi ile cezai şartın borçlu üzerindeki tam ve zamanında ifayı sağlayıcı baskı ve etkisinin aynı sonucu doğurduğunu ileri sürer.⁵⁶ Amaç, hukuka aykırı bir davranışın cezalandırılmasıdır. Cezai şart kamu cezalarından alacaklının menfaatlerini korumak üzere konulması nedeni ile kolayca ayrılabilir. Hukukçuların birçoğu, cezai şartın ceza etkisini, borçlu üzerindeki zorlayıcı baskısını kabul etmekle birlikte, yasal niteliğinin ceza olmadığı görüşündedirler.⁵⁷ Yargıtay'ın eski tarihli kimi kararlarında cezai şartı gerçek bir ceza, hatta kamu cezası niteliğinde kabul edip bunlara ceza hukuku ilkelerini doğrudan doğruya uygulayacak kadar ileri gittiği ileri sürülmüştür.⁵⁸

2. Sigorta Görüşü

⁵⁴ Kocağa, a.g.e., s.113

⁵⁵ Ekinci, a.g.e., s.38, Karagöz, a.g.e., s.28

⁵⁶ Günay, a.g.e., s.30, Ekinci, s.40, Karagöz, a.g.e., s.34

⁵⁷ Günay, a.g.e., s.30, Tunçomağ, a.g.e., s.22 vd

⁵⁸ Yarg. 4 HD, 20.10.1948T, 2821-2793, Günay, a.g.e., s.31, Ekinci, a.g.e., s.40, Tunçomağ, a.g.e., s.25

Bu görüşe göre, borçlunun hiçbir kusuru olmasa dahi cezai şart ödemesi kararlaştırılmış ise, cezai şart anlaşması sigorta sözleşmesi niteliğindedir. Çünkü böyle bir durumda borçlu mücbir sebepten ya da kazadan kaynaklanabilecek zararlardan da sorumluluğu üstlenmiştir. Böylece alacaklı doğabilecek her türlü riske karşı alacağını garantilemiş olmaktadır.⁵⁹

3. Tazminat Görüşü

Bu görüşe göre, cezai şart “muhtemel zarar - ziyanın takdiri” niteliğindedir. Eski Fransız mahkeme içtihatlarında da kabul görmüş bir görüştür. Buna göre cezai şart, zarar ziyanın önceden tayin olunduğu, hakimin takdirine göre değiştirilebilen geçici ve tahmini bir miktar paradır.

4. Ceza - Tazminat Görüşü

Bu görüş, cezai şartın niteliğini sırf ceza veya sırf tazminat olarak kabul eden görüşlere tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bu görüşe göre, cezai şart hem tazminat hem ceza niteliği taşır. Bu iki nitelik bir arada olabileceği gibi, birinin tek başına bulunabilmesi veya hakim konumunda olabilmesi mümkündür.⁶⁰

Cezai şart ile, taahhüt edilen borcun yer ve zaman bakımından gereği gibi ifa edilmemesi nedeni ile doğan zararlar karşılanır. Gerçekten normal durumda, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, tazminat talep etmesi için alacaklının zarar ispatında bulunması gerekirken, cezai şartın belirlenmesi halinde, alacaklı borcun sözleşmeye uygun yerine getirilmediğini ispat etmekle cezai şarta hak kazanır.⁶¹

5. Götürü Tazminat Görüşü

Bu görüşe göre ise, cezai şart, borca aykırılık halinde alacaklının uğrayacağı muhtemel zararın önceden ve götürü yolla saptanmasıdır. Cezai

⁵⁹ Ekinci, a.g.e., s.41-42

⁶⁰ Ekinci, a.g.e., s.43; Günay, a.g.e., s.35

⁶¹ Günay, a.g.e., s.35

şartın götürü olması sebebiyle, bir zararın varlığını aramaya ve kararlaştırılan cezai şart miktarının zarar miktarına uygunluğunu araştırmaya gerek yoktur.⁶² Böylece muhtemel zarar miktarı önceden taraflar tarafından belirlendiğinden, somut zararın miktarı hususunda sonradan taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıklar daha başlangıçta çözümlenmiş olur.⁶³

Doktrinde bu görüş savunucularının başında TUNÇOMAĞ gelmektedir.⁶⁴ Yazar, Borçlar Kanunumuz açısından da cezai şartın götürü tazminat niteliğini kuvvetle savunmanın mümkün olduğunu, “akdin icra olunmaması veya eksik icrası halinde ödenmek üzere cezai şart kararlaştırılmış ise, ifa veya cezadan yalnız birinin istenebileceği” hükmünü içeren BK m.158/l’ den, kanunun seçimlik cezai şartlarda, cezai şart ve ifadaki menfaati denk tuttuğunu, ifaya eklenen cezai şartlarda da durumun aynı olduğunu ileri sürmektedir.

B. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Cezai şartın hukuki niteliğini açıklama noktasında ileri sürülen yukarıda bahsettiğimiz görüşlerin hepsi çeşitli yönlerden eleştirilmiş ve hepsi cezai şartı açıklama noktasında yetersiz kalmaktadır.

Doktrinde en çok cezai şartın götürü tazminat niteliğinde olduğu kabul edilmekle birlikte ⁶⁵ kanaatimizce bu görüş de cezai şartın hukuki niteliğini açıklamakta yetersiz kalmakta, cezai şartın Borçlar Kanunumuzda ayrı bir başlık altında özel hükümler ile düzenlenmiş olması (BK m. 158-161) da göz önüne alındığında kendine özgü bir hukuki kurum olarak kabul edilmesinin kanunun ruhuna da uygun düşeceği değerlendirilmektedir.

C. Cezai Şartın Benzer Kurumlardan Olan Farkı

1. Pey Akçesi ve Cezai Şart

⁶² Karagöz, a.g.e., s.35

⁶³ Günay, a.g.e., s.37

⁶⁴ Tunçomağ, a.g.e., s.29-30

⁶⁵ Günay, a.g.e., s.37

Halk dilinde “kaparo” veya “bağlama parası” olarak da bilinen ve BK m. 156’da “Bir kimse pey akçesi verdiği takdirde, bunu zamanı rüçû olarak değil, belki akdin inikadına delil olmak üzere vermiş addolunur. Hilafına mahalli adet veya mukavele olmadıkça, pey akçesini alan, alacağına mahsup etmeyerek onu muhafaza eder.” hükmüyle düzenlenmiş pey akçesi, sözleşme yapılırken taraflardan birinin diğerine akdin kuruluşunun harici bir delili olmak üzere verdiği, sözleşmenin varlığının ispatını kolaylaştıran bir miktar para veya başka bir şeydir.⁶⁶

Kanunun hükmünden, sözleşmenin yapıldığı sırada verilen paranın pey akçesi olduğu ve asıl alacağa mahsup edilmeyerek alan kişide kalması hususunda adi bir karine konulduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu adi karinenin aksinin ispatı her zaman mümkündür. Ancak mahalli adet veya uygulamanın ya da aksine sözleşmenin varlığı durumunda asıl alacağa mahsup edilmesi söz konusu olabilir. Özellikle de belirlenen miktarın küçümsenemeyecek oranda olması durumunda avans olarak kabul edilerek asıl borca mahsup edilmesi gerekmektedir.⁶⁷ Öyleyse alacağa mahsup edilmeyecek şekilde verilen pey akçeleri borcun genişletilmesi anlamına gelir. Ancak pey akçesinin varlığı için sözleşmenin kurulduğu sırada bir miktar para veya başka bir şeyin karşı tarafa verilmesi gerekir. Sadece pey akçesi üzerinde konuşulmuş veya verilmesi mutad olan pey akçesi verilmeksizin sözleşme kurulmuşsa, sonradan pey akçesinin zorla karşı taraftan alınabilmesi mümkün değildir, alacaklı normal yollardan tazminat talep edebilir. Çünkü pey akçesi, sözleşme ile kararlaştırılmış ve borçlanılmış edimin esaslı bir parçası değildir. Bu yönüyle de pey akçesi rehinden ayrılır. Nitekim rehin sözleşmenin kurulduğunu ispata değil, ifasını temine yarar ve sonradan istenmesi mümkündür.⁶⁸

⁶⁶ Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s.581 vd; GÜNAY, a.g.e., s.51; EKİNCİ, a.g.e., s.213-214; Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku**, Ankara, 1943, s.533

⁶⁷ EKİNCİ, a.g.e., s.214

⁶⁸ Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, I.Cilt, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972, s.534-535

2. Pişmanlık Akçesi ve Cezai Şart

Borçlar Kanunumuzda “zamanı rücû”, doktrinde “cayma akçesi” olarak da geçen pişmanlık akçesi, bir kimseye sözleşmenin kuruluşu sırasında verdiği bir miktar para ya da bir şeyi kaybetme karşılığında sözleşmeden dönme hakkı sağlar.⁶⁹ Pişmanlık akçesinin verildiği bir sözleşmede, hem veren hem de alan keyfi şekilde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Ancak Borçlar Kanunumuz 156/III’ e göre, alan taraf, sözleşmeden dönmesi halinde, aldığı iki katını öder. Veren tarafın dönmesi halinde ise, feda edeceği miktar sözleşmenin kurulduğu esnada verdiği miktardır. Pişmanlık akçesini veren taraf, sözleşmeden dönmemişse, ödediği miktarı geri talep edebilir. Ancak taraflar bunun aksini yani veren sözleşmeden dönme hakkını kullanmasa bile paranın alanda kalacağını kararlaştırabilirler.⁷⁰

Pişmanlık akçesi ile cezai şartın bir türü olan ve dönme cezası olarak da bilinen ifayı engelleyen cezai şart arasında işlevleri yönünden önemli benzerlikler (sözleşmeden dönülmesi halinde bir miktar paranın ödenmesi noktasında) olduğu gibi farklılıklar da mevcuttur. Bu iki kurumun her şeyden önce hukuki nitelikleri farklıdır. Pişmanlık akçesi taahhüt edilmemekte, daha sözleşme kurulurken karşı tarafa ödenmekte ve parayı veren borcunu yerine getirmediğinde bu para karşı tarafta kalmaktadır. Yani bir tasarruf işlemidir. Oysa dönme cezası (ifayı engelleyen cezai şart) ancak sözleşmeden döndüğü takdirde ya da diğer cezai şart türlerinde akdin hiç veya gereği gibi ifa olunmaması halinde ödenir, peşin para ödenmesi söz ⁷¹ konusu değildir. Hatta dönme cezası, asıl borç ilişkisi kurulduktan sonra da kararlaştırılabilir. Dönme cezasında bir taahhütte bulunulduğundan, bu taahhüdün ihlali halinde her zaman bir eda davası açılabilir. Öte yandan pişmanlık akçesi olarak kabul edilen parayı taraflardan yalnız biri öder. Dönme cezasında ise sözleşmenin her iki tarafı kendi borçlarının ifa edilmemesi hali için dönme

⁶⁹ Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s.535

⁷⁰ Kocağa, a.g.e., s.58

⁷¹ Kocağa, a.g.e., s.58-59

cezası ödemeyi taahhüt edebilir. Ayrıca dönme cezası kimin için kararlaştırılmışsa, onun sözleşmeden dönme hakkı varken, pişmanlık akçesinde hem cayma akçesini alan hem veren sözleşmeden dönme hakkına sahip olur Ancak alan BK m.156/III uyarınca, aldığı miktarın 2 katını ödeyerek sözleşmeden dönebilir. Dönme cezasında ise, böyle bir durum söz konusu değildir. Dönme cezasının kararlaştırıldığı durumda kural olarak borçlu kararlaştırılan miktarı ödeyerek her zaman sözleşmeden dönebilecekken pişmanlık akçesinin verildiği durumlarda, asıl borcun ifasına başlandıktan sonra sözleşmeden dönülememesi gerekir.

D. Cezai Şartın Uygulama Alanı

1. Borçlar Hukukunda Cezai Şart

Cezai şart özellikle sözleşmeden doğan borçları temine yaradığından cezai şart uygulamasının en yaygın olduğu alanlardan birisi borçlar hukukudur. Özellikle inşaat-ihale hukuku, eser (istisna) sözleşmeleri, gayrimenkul satımları, hizmet sözleşmesi, rekabet yasağına ilişkin sözleşmeler cezai şarta en sıkça yer verilen alan ve sözleşmelerin başında gelir.

Gayrimenkul alım-satım sözleşmeleri ve vaatlerinde de cezai şarta yer verilmektedir. Ancak bu tür sözleşmeler resmi şekle tabi olduğundan cezai şart sözleşmesinin de resmi şekilde yapılması gerekir. Taraflar resmi şekilde yapılması gereken ancak bu şekilde yapmadıkları sözleşmeye geçerlilik tanıyarak borçlarını karşılıklı olarak büyük kısmı itibarıyla ifa etmişlerse, sözleşme ile bağlı olduklarının kabulü gerekir.⁷²

Cezai şart, satım ve hizmet sözleşmelerine eklenen rekabet yasaklarına da genelde konulur. Ancak yasa koyucu bunların özelliğini göz önünde bulundurarak bunlara eklenen cezai şartlar açısından BK m. 161 v.d' dan kısmen ayrılan BK m. 351'i getirmiştir.

⁷² Yarg. 15 HD, 11.12.1980T, 1980/419E, 1980/2649K (Ekinci, a.g.e., s. 68-69)

2. Medeni Hukukta Cezai Şart

Cezai şartın en az uygulama alanı bulduğu hukuk dalıdır. Cezai şartın unsurlarından birisi sağlar arası bir işlemle öngörülmüş olması olduğundan Miras Hukukunda uygulanamaz. Cezai şart kural olarak aynı hakları değil, şahsi hakları teminat altına alan bir kurum olduğundan eşya hukukunda da fazlaca uygulama alanı bulamaz, sınırlı olarak şahsi hakların söz konusu olduğu hallerde uygulama yeri bulur. Özellikle kat mülkiyetinde kat maliklerini yönetim planına, taahhütlerine uydurmak, yapılan masraftan üzerine düşen payı ödemeye zorlamak hususunda cezai şarta ilişkin hükümler konulabilmektedir.⁷³

Kanun bazı hususlarda kişi iradesini maddi - manevi her türlü baskıdan uzak tutmak istediğinden, özellikle kişilik haklarının korunmasının söz konusu olduğu hallerde kararlaştırılan cezai şartı hükümsüz saymaktadır. MK 119. maddeye göre, “Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez. Evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez.”⁷⁴

3. Ticaret Hukukunda Cezai Şart

Ticaret hukukunda da cezai şart uygulamalarını sıkça görebilmekteyiz. Özellikle ticari işletmelerin devrine ilişkin sözleşmelere, anonim ve limited şirket ana sözleşmelerine belirlenen süre içinde sermaye koyma borcunu yerine getirmeyen ortakları cezai şart ödemeye zorlayan hükümler konulmaktadır. Öte yandan tacirler arasındaki bayilik sözleşmelerine belli miktarda malın satımı, ihraç edilmek üzere satılan malın iç piyasaya sürülmemesi, hammaddeye konu malın üretim dışında satılmaması hususlarında cezai şart kararlaştırıldığı görülmektedir.⁷⁵

⁷³ Kocaağa, a.g.e., s.78; Günay, a.g.e., s.41

⁷⁴ Ekinci, a.g.e., s.103; Günay, a.g.e., s.41; Kocaağa, a.g.e., s.78-79

⁷⁵ Ekinci, a.g.e., s.93; Günay, a.g.e., s.50; Kocaağa, a.g.e., s.77

Ancak bir kısım ticari işlem sıkı şekil kurallarına bağlı olduğundan hukuki ilişkinin niteliği gereği cezai şart konulamaz. Örneğin, poliçede bulunması zorunlu unsurlar sıkı şekil kurallarına bağlandığından bunların dışında bir şartın poliçeye yazılması ya poliçeyi sakatlar ya da yazılmamış sayılır. Dolayısıyla “A’ya ve emrû havalesine 10.000 TL ödeyiniz, ödemediğiniz takdirde 20.000 TL cezai şart ödeyeceksiniz” kaydının eklenmesi halinde poliçe geçerli olmayacaktır.⁷⁶ Poliçe dışında yapılacak bir sözleşmeyle cezai şart kararlaştırılması ise mümkündür. Bono ve çek bakımından da aynı görüş savunulabilir.⁷⁷

Cezai şart hususunda, TTK tacirler hakkında BK’dan farklı bazı hükümler getirmiştir. Buna göre TTK 24. maddesinde, tacir olmanın hüküm ve sonuçlarından biri olarak basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olan tacir fahiş nispet ve miktarda cezai şart borçlansa da BK 161/son gereğince tenkisini talep edemeyecektir.

III. CEZAI ŞARTIN ÖZELLİKLERİ

A. Ceza Fonksiyonu

Cezai şart kaydı, bir hususi ceza fonksiyonu görür.⁷⁸ Asıl borcun tam ve gereği gibi ifasını amaçlayan cezai şart, borçlu üzerinde maddi ve manevi bir baskı unsuru olarak onu ifaya zorlayacaktır. Özellikle cezai şartın yüksek kararlaştırıldığı durumlarda, borçlu başının üzerinde Demokles’in kılıcı gibi asılı duran cezai şart nedeniyle, borcun tam ve zamanında gereği gibi ifası için daha fazla gayret sarf edecek veya tedbirleri alacaktır. Cezai şart kaydının bu fonksiyonu kendini BK m.159/l’ de gösterir. Bu hükme göre, “alacaklı zarara düşer olmasa bile ceza lazım olur.” Bu haliyle cezai şart,

⁷⁶ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s.55, Kocaağa ve Ekinci’ye göre, kayıt geçerli olmayacaktır. Nitekim Yargıtay kararları da benzer yöndedir. “Takip dayanağı bonoda %10 cezai şart öngörülmüş olup bu cihet senedin kambyo vasfını etkilemez ise de, yazılmamış sayılacağı düşünülmenden....” (Yarg. 12 HD, 8.11.1982T, 7799E - 8093K) (Kocaağa, a.g.e., s.79, dipnot 247)

⁷⁷ Yarg. 12 HD, 29.11.1990, 7506E / 7661K (Ekinci, a.g.e., s.94, dipnot 174)

⁷⁸ Ferit H. Saymen, Halid K. Elbir, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1966, s. 838

bireylerin özel hukuk hükümleri dairesinde yerine getirilmesini arzu ettikleri bir nevi hukuk cezasıdır.⁷⁹

B. Cezai Şartın Doğumunun Temerrüde Bağlı Olmaması

Her iki tarafa borç yükleyen (tam karşılıklı) sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarının düzenlendiği BK m.106'ya göre, alacaklı ek süre vermeksizin borcun yerine getirilmesi ve gecikmeden doğan zarar giderimi için talepte bulunabilir. Alacaklı sadece gecikmeden doğan zarar giderimini de dava konusu edebilir. Bu durumda, borçlunun temerrüde düştüğü tarih ile temerrüdün sona erdiği tarih arasındaki sürede temerrüde bağlı olarak gerçekleşecek zarar, gecikme gideriminin saptanmasında göz önünde tutulur.⁸⁰

Cezai şart asıl borcun ferisi nitelikte olduğundan cezai şartın muaccel olabilmesi için asıl borcun sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemiş olması gerekmektedir. Borçlunun borca aykırı olarak geç ifa etmesine borçlunun temerrüdü denilmektedir. BK' nın cezai şartı düzenleyen 158. maddesinde cezai şartın muacceliyeti için temerrüdün gerekliliğini ifade eden bir hükme yer verilmemiştir. Şayet kanun koyucu cezai şartın doğumu için temerrüde düşmüş olmayı arasaydı, sadece "borcun ifa edilmemesi ya da eksik icrası" ifadeleriyle yetinmez, temerrütten açıkça bahseder ya da BK'nın temerrütle ilgili 101. maddesine atıf yapardı.⁸¹

C. Feri Bir Hak Olması

Cezai şart asıl borcun ferisi niteliğinde fakat ondan ayrı bir edimdir.⁸² Varlığı ve hukuki kaderi asıl borcun varlığına bağlıdır. Dolayısıyla asıl borç ile cezai şart arasında aslilik - ferilik ilişkisi bulunmaktadır. Cezai şartın ferisi

⁷⁹ Tahir Kanık, "Cezai Şart", *Adalet Dergisi*, Yıl: 41, Ağustos 1950, Sayı: 8, s. 1071

⁸⁰ Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk Hukuku: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*, 2003, s. 487

⁸¹ Ekinci, a.g.e., s. 243 - 244

⁸² Turgut Uygur, *Açıklamalı - İctihath Borçlar Kanunu: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, Cilt 4 (madde 109-213), Ankara, 2003, s. 4257

niteliği, muaccel olduğu ana kadar olup, bu andan sonra bağımsız bir nitelik kazanır.⁸³

Cezai şartın ferî niteliği, asıl borç ve cezai şartın ifa yeri ve zamanı açısından da kendini gösterir. Taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe asıl borcun yeri, cezai şartın da ifa yeridir. Asıl borç muaccel olmadan cezai şart muaccel olamaz. Dolayısıyla asıl borcun ifa edilmeyeceği anlaşılmadan önce cezai şartın ödenmesi talep edilemez.⁸⁴

Asıl borç için kefil olanın cezai şarttan da sorumlu tutulup tutulmayacağı konusunda kanunumuzda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda değişik görüşler ileri sürülmüş olup İsviçre'deki durumun hukukumuz açısından da kabul edilerek kefil açıkça kabul etmiş olmadıkça, cezai şarttan sorumlu tutulamayacağını kabul etmek kanaatimizce yerinde olacaktır.⁸⁵

IV. CEZAI ŞARTIN TÜRLERİ

Cezai şart ile ifa arasındaki ilişki dikkate alınarak BK m.158' de üç tür cezai şart öngörülmüş olup, bunlar öğreti tarafından belirlenen terimlerle seçimlik cezai şart, ifayı engelleyen cezai şart ve ifaya eklenen cezai şarttır.

A. Seçimlik Cezai Şart

BK m. 158/l hükmü "Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icra halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilafına mukavele olmadıkça alacaklı, ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir. Söz konusu maddenin 2. fıkrasında belirtilen ifanın kararlaştırılan zaman ve yerde yapılmaması şeklindeki borç ihlalleri dışında kalan bütün borca aykırılık halleri bu madde kapsamına girmektedir. Dolayısıyla asıl

⁸³ Yarg. 13 HD, 25.1.1993T, E.1992/8546, K. 1993/348 "... asıl borç ile ceza koşulu arasındaki bağıllık, ceza koşulunun istenebileceği (muaccel olacağı) ana kadar süregelir. Bu andan sonra, ceza koşulu bağımsızlaşır ve asıl borcun yazgısını paylaşmaktan kurtulur ve bağımsız bir borç haline gelir." (Günay, a.g.e., s. 111, Kocaağa, a.g.e., s. 134, dipnot 264)

⁸⁴ Kocaağa, a.g.e., s. 137

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocaağa, a.g.e., s. 141

borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda ödenmek üzere cezai şart kararlaştırılmış ve aksi de öngörülmemişse, alacaklı ya borcun ifasını ya da cezai şartın tediyesini isteyebilir. Alacaklının aynı anda her ikisini de istemesi ilke olarak mümkün değildir. Asıl borcun sonraki objektif imkansızlık nedeniyle yerine getirilme imkanı ortadan kalkmışsa, bu durumda alacaklı ya zararının tazmin edilmesini ya da cezai şartın ödenmesini talep eder.⁸⁶ Alacaklıya tanınan bu seçim hakkı değiştirici yenilik doğuran hak niteliğinde olup, alacaklı bu seçim hakkını tek taraflı ve borçluya varması gerekli bir hukuki işlemle kullanır. Ancak bu seçimlik hakkın doğumu, borçlunun borcu ihlal etmesi geciktirici şartına bağlı olduğundan ihlal olmadığı müddetçe, alacaklı borcun ifasından vazgeçip cezai şartın ödenmesini talep edemez.⁸⁷

BK m.158/I hükmü emredici değil, düzenleyici nitelikte bulunduğu için taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. Yani taraflar ifa etmeme halinde alacaklının yalnız cezai şartı veya hem cezai şart hem asıl borcun ifasını isteyebileceğini kararlaştırabilirler. Tarafların hem cezai şartın hem asıl borcun ifasının istenebileceği hususunda yapacakları anlaşma ile ilgili olarak, BK, rekabet yasağı sözleşmesi açısından sınırlama getirmiştir. Gerçekten BK m. 351/3'e göre, işverenin hem cezai şartı hem de asıl edimi (işçinin rekabet yasağına aykırı davranışının menini) talep edebilmesi, bu hakkın sözleşmede yazılı olarak saklı tutulmuş olmasına ve ayrıca işçinin davranış biçimi ile işverenin tehdit veya ihlal edilen menfaatinin öneminin bunların birlikte istenmesini haklı göstermesine bağlıdır.⁸⁸

B. İfaya Eklenen Cezai Şart

BK m.158/II hükmü, “akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem de meşrut cezanın tediyesini talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyeran

⁸⁶ Kocaağa, a.g.e., s. 146 - 147

⁸⁷ Karagöz, a.g.e., s. 30; Tunçomağ, **Cezai Şart**, a.g.e., s. 107; Kocaağa, a.g.e., s. 147

⁸⁸ Kocaağa, a.g.e., s. 149; Bilge, a.g.e., s. 103

etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun. "Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, ifaya eklenen cezai şart, borca aykırılığın sadece iki hali olan, "zamanında" veya "yerinde" ifa edilmemesi hali için öngörülmüştür. Kanun burada bir karine koymuş olup borcun kararlaştırılan zaman veya yerde ifa edilmemesi dışında kalan ihlal hallerinin tümünde BK m. 158/I' deki seçimlik cezai şartın varlığı kabul edilir. Ancak BK m. 158 emredici nitelikte olmadığından taraflar bu iki ihlal hali için seçimlik cezai şart kararlaştırabilecekleri gibi bu iki ihlal hali dışında kalan borca aykırılık halleri için de ifaya eklenen cezai şart kararlaştırabilirler.⁸⁹

BK m. 158/II gereğince, alacaklının asıl edimin ifasıyla birlikte cezai şartı da isteyebildiği hallerde, alacaklı bu haktan açıkça vazgeçmiş veya bir ihtirazı kayıt ileri sürmeden yalnız ifayı kabul etmişse, artık cezai şart talep edilemez.⁹⁰

C. İfayı Engelleyen Cezai Şart - Dönme Cezası

BK m. 158/III hükmü, "borçlunun cezai şartı tediye ile akitten rücu etmek hakkını ispat edebilmek selahiyeti mahfuzdur" hükmünü havidir.

Bazen sözleşme tarafları, kararlaştırılan cezai şartı ödemek suretiyle borçlunun asıl borcun ifasından kurtulacağını yani sözleşmeden dönebileceğini kararlaştırabilirler. Aslında bu gerçek anlamda bir cezai şart değildir. Burada seçimlik ve ifaya eklenen cezai şartta olduğu gibi borçlunun borcunu ihlal etmesi aranmaksızın, belirli bir meblağı ödemek suretiyle sözleşmeyi ortadan kaldırma imkanı vermektedir. Bu anlamda dönme cezasının asıl borç ilişkisini zayıflatıcı rol oynadığı ileri sürülmektedir. Öte yandan BK m.158/I' deki seçimlik cezai şartta seçim hakkı alacaklıya

⁸⁹ Kocağa, a.g.e.,s. 151; Günay,a.g.e., s. 84

⁹⁰ Yarg. 15 HD., 4.10.1988T, 88E-3118K "asıl alacağın alınması sırasında, ihtirazi kayıt (çekince) ileri sürülmemişse, cezai şartı isteme hakkı düşer. (Ekinci, a.g.e.,s. 176)

tanınmışken, BK m. 58/III' deki dönme cezasında borçluya tanınmıştır. Ancak bu hak alacaklıya da tanınabilir.⁹¹

Dönme cezasının kararlaştırılması halinde, sözleşmenin yerine getirilmemesi halinde alacaklı, sözleşmede belirtilen miktarla yetinmek zorunda olup, uğramış olduğu zarar miktarı dönme cezasından daha yüksek olsa dahi borçlunun bunu tazmin etmesini isteyemez. Ancak BK m.351/II, 2. cümle uyarınca, hizmet akdine ilişkin rekabet yasağı sözleşmesinde işverenin uğradığı zarar miktarı cezai şart miktarından fazlaysa, işçi bu fazla kısmı da tazminle mükelleftir. Bunun için sözleşmede hüküm bulunması zorunluluğu yoktur. Ancak işveren işçinin kusurlu olduğunu ve zararın cezai şart miktarından fazla olduğunu ispatlamalıdır.⁹²

Borçlunun dönme cezasını ödeyerek sözleşmeyi ifadan kurtulabilmesi, cezai şartın dönme cezası olduğu yönünde sözleşmede açık bir hükmün varlığına bağlıdır. Uyuşmazlık halinde borçlu kararlaştırılan cezai şartın seçimlik veya ifaya eklenen cezai şart değil, dönme cezası olduğunu ispatlamalıdır. İspat edememesi halinde alacaklı lehine yorum yapmak suretiyle seçimlik veya ifaya eklenen cezai şartın olduğunu kabul etmek daha uygun olur.⁹³ Kural bu olmakla beraber, BK m.351/II rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin olarak kararlaştırılan cezai şartın dönme cezası olduğu yönünde bir karine kabul etmiştir. O halde ispat yükü üzerinde olan alacaklı borçlunun dönme cezasını ödemek suretiyle rekabet yasağı sözleşmesini sona erdiremeyeceğinin kararlaştırıldığını ispatlamalıdır. Ancak işçinin korunması amacıyla getirilmiş bu hüküm, iş akdiyle ilgili olmayan rekabet yasağı sözleşmelerinde uygulanmaz.⁹⁴

Borçlunun dönme cezası sayesinde gerekçe göstermeksizin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, dönme cezasını ödemiş veya ödemeyi teklif etmiş olması gerekmektedir. Yalnızca sözleşmeden

⁹¹ Kocaağa, a.g.e., s. 155

⁹² Kocaağa, a.g.e., s. 155 ve dipnot 363, 157; Günay, a.g.e., s. 86

⁹³ Karagöz, a.g.e., s.31; Kocaağa, a.g.e., s. 156

⁹⁴ Kocaağa, a.g.e., s. 156

dönme beyanında bulunulmuş olmasının akdi ilişkiyi ortadan kaldırmayacağı ileri sürülmektedir.⁹⁵

IV. CEZAI ŞARTIN TENKİSİ

A. Hakimin Müdahalesi

BK m.161/I, cezai şart miktarını serbestçe tayin hususunda taraflara yetki verirken, BK m.161/III, hakimin aşırı gördüğü cezai şartı indirmesine ilişkin hüküm getirerek bu serbestiyi bir anlamda sınırlandırmıştır. Ancak hakimin bu yetkisini kullanırken çok dikkatli davranmak, sözleşme serbestisi ilkesini tamamen ortadan kaldıracak şekilde davranmamak, cezai şart anlaşmasının diğer akitler kadar korunmaya değer bulunduğunu göz önünde tutmak zorundadır. Kanun iktisadi açıdan güçlü durumda bulunan alacaklının cezai şart yoluyla borçluyu ekonomik açıdan ezmesinin önüne geçmek amacıyla hakime fahiş nitelikte gördüğü cezayı indirme yükümlülüğü getirmiştir.⁹⁶

BK m. 161/III’ de öngörülen ve hakime aşırı gördüğü cezai şartı indirme yükümlülüğü getiren madde, ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesine bir istisna teşkil eder. Hakimin bu yükümlülüğünün niteliğini açıklamak üzere çeşitli görüşler ileri atılmıştır. Bunlar kısaca cezai şartın fahiş olan kısmının batıl ya da iptal edilebilir bir işlem olması, sebepsiz zenginleşmenin söz konusu olmaması, ortalama müeyyide getirilmesi⁹⁷ ve yenilik doğuran hakkın varlığının kabulü⁹⁸ şeklinde sıralanabilir.⁹⁹ Öğretideki baskın görüş, indirme hakkının yenilik doğuran bir hak niteliğinde olduğu olup kanaatimizce de her ne kadar indirim hususunda açılan dava miktar üzerinde yeni bir düzenleme yapılması amacıyla açılrsa bile, bu tür davada da mevcut

⁹⁵ Selahattin Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 1993, s. 352 -353; Günay, a.g.e., s.86; Kocağa, a.g.e., s. 157

⁹⁶ Ekinci, a.g.e., s. 321

⁹⁷ Günay, a.g.e., s. 178

⁹⁸ Tunçomağ, **Cezai Şart**, a.g.e., s. 139 - 140

⁹⁹ Ekinci, a.g.e., s. 321 Bu konuda geniş bilgi için Günay, a.g.e., s. 173 vd, Tunçomağ, **Cezai Şart**, a.g.e., s. 130 vd

hukuki durumda bir değişiklik yapılması istendiğinden ve dava sonucunda verilecek olumlu karar ile yeni bir hukuki durum yaratılacağından, tarafların hukuki ilişkilerinde bir değişiklik meydana geleceğinden aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin dava inşai bir dava olup, indirme hakkı da yenilik doğuran bir hak niteliğindedir.

İndirim hakkı diğerk yenilik doğuran haklardan farklı olarak, bir davayla kullanılabileceğı gibi (borçlu, alacaklının açtığı ifa davasından bağımsız olarak bir dava açar ve hakimden aşırı cezai şartın tenkisini talep eder), ya da bir def'i şeklinde (alacaklının açtığı eda davasında cezai şartın aşırı olduğunu ileri sürer, indirilmesi talebinde bulunur) de kullanılabilir.¹⁰⁰

Hakimin taraflar arasında kararlaştırılan cezai şartın aşırılığı halinde indirim yapabilmesi birtakım şartların birlikte varlığı halinde mümkündür. Bunları inceleyecek olursak;

1. Geçerli Bir Cezai Şartın Bulunması

Her şeyden önce ortada aşırı miktarda cezai şart öngörölmüş bir anlaşmanın bulunması gerekir. Cezai şartın sözleşmede, bir şirket ana sözleşmesinde, dernek veya sendika tüzüğünde, tek taraflı bir hukuki işlemde öngörölmüş olmasının indirilmesi açısından bir farklılığı yoktur. Ancak cezai şart ya da cezai şartla temin edilen asıl sözleşme herhangi bir nedenle hükümsüz ise indirim söz konusu olamaz. Cezai şartın indirilebilmesi için konusunun mutlaka bir miktar para olması gerekli olmayıp para dışında başka bir şey örneğın parça borcu da olabilir.¹⁰¹

2. Cezai Şartın Muaccel Olması

Muacceliyet kazandıktan sonra bağımsız edim niteliğı taşıyan cezai şartın indirilebilmesi muaccel olması şartına bağılıdır. Borçlu muacceliyetten önce indirimde bulunamayacağı gibi hakim de indiremez. Çünkü bu aşamada

¹⁰⁰ Kocaağa, a.g.e., s. 254

¹⁰¹ Günay, a.g.e., s. 179; Kocaağa, a.g.e., s. 223; Karagöz, a.g.e., s. 51

borçlunun bir çıkarı söz konusu değildir. Bu aşamada cezai şartın aşırı olup olmadığının tayin ve tespiti de mümkün değildir.¹⁰²

3. Cezai Şartın Henüz İfa Edilmemiş Olması

Borçlu cezai şartı ödedikten sonra indirim talebinde bulunamaz. Çünkü borçlunun cezai şartı ödemesi, cezai şartın indirilmesi talebinden vazgeçme olarak değerlendirilir.¹⁰³ Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir.¹⁰⁴ Ancak somut olayın özellikleri dikkate alınarak istisnai olarak ifadan sonra indirim talebinde bulunmanın mümkün olduğunu kabul etmek yerinde olur. Özellikle iş akdinin devamı esnasında hüküm ifade etmek üzere işçi aleyhine cezai şart kararlaştırılmışsa, işçinin cezai şartı işini kaybetmemek amacıyla baskı altında ödemesi söz konusudur.¹⁰⁵

4. Cezai Şartın Aşırı Derecede Yüksek Olması

Kanun (BK m. 161/3), kararlaştırılan cezai şart miktarının aşırı olup olmadığını belirleme görevini hakime bırakmıştır. Hakim, cezai şartın aşırı olup olmadığını serbest takdir hakkına sahip olmasına karşılık, aşırı olduğuna kanaat getirdiği cezai şartı indirip indirmemekte takdir yetkisine sahip değildir. Nitekim BK m. 161/III, hakime indirme mükellefiyeti yüklemiştir.¹⁰⁶ Ancak cezai şartın aşırılığını belirlerken hangi ölçütlerden yararlanacağı kanunda yer almamaktadır.

Hakim aşırılığı tespit ederken bir takım unsurlardan faydalanacaktır.¹⁰⁷ Bunlara bakacak olursak;

¹⁰² Karagöz, a.g.e., s. 51

¹⁰³ Tunçomağ, a.g.e., s. 154 vd; Karagöz, a.g.e., s. 51

¹⁰⁴ “Cezai şart ödenmişse, hakim bunu daha sonra indiremez.” Yarg. HGK, 2.2.2005T, E. 2004/9-759, K. 2005/9 (Karagöz, a.g.e., s.51, dipnot 160)

¹⁰⁵ Karagöz, a.g.e., s. 51 - 52

¹⁰⁶ Kocağa, s.222, Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir. Yarg. HGK, 2.2.2005T, E.2004/9-759, K.2005/9, “Borçlar Kanununun 161/3. maddesi uyarınca, hakim fahiş gördüğü cezaları indirmekle yükümlüdür. Bu hüküm emredici nitelikte olduğundan hakim tarafından re’sen gözetilmelidir; borçlunun bu yolda bir talebinin bulunması aranmaz.” (Karagöz, a.g.e., s.54, dipnot 177)

¹⁰⁷ Yargıtay 13. HD, 11.11.1986T, 4726-5410 sayılı kararında, hakimin fahiş gördüğü cezai şartı kendiliğinden indirmek zorunda olduğunu belirttikten sonra “....ceza koşulunun fahiş olup olmadığı,

a. Alacaklının Çıkarları

Cezai şart alacaklının çıkarlarını korumak için alacaklı yararına kararlaştırıldığından hakim öncelikle bunu gözetmelidir. Alacaklının çıkarları geniş anlamda ele alınarak, alacaklının uğradığı zararın yanı sıra, sözleşmenin ifasından beklediği diğer menfaatler de buraya sokulmalıdır.¹⁰⁸ Kararlaştırılan cezai şart miktarının uğranılan zarardan fazla olması mutlak bir indirim nedeni olmadığı gibi, borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğranılan zarar çok fazla ise, indirim talebi ret olunmalıdır. Hakim aşırılığı belirlerken, genelde cezai şartın alacaklının uğraması muhtemel zarardan daha yüksek meblağ olarak kararlaştırıldığını ve ana borcun ifasını sağlama amacı taşıdığını da unutmamalıdır.¹⁰⁹

b. Borçlunun Kusurunun Ağırlık Derecesi

Kusuru çok ağır olan borçluyla, hafif olan borçlu veya borca aykırılığın yardımcı kişinin eylemi sonucu meydana gelmesi aynı değerlendirmeye tabi tutulmamalıdır. Bu durum hakkaniyetin bir gereğidir.

c. Borca Aykırılığın Ağırlığı

Borca aykırılığın ağırlığı, borçlunun kusurunun ağırlığı ile aynı şey değildir. Her zaman paralellik göstermeyebilir. Burada önemli olan cezai şartla temin edilen, kuvvetlendirilen borçta borçlunun ne kadar borcuna uygun davrandığıdır. Borca aykırılığın ağır olduğu hallerde, cezai şartın fahiş

tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü olarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınacak ceza miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tespit edilmelidir.” demiştir.

¹⁰⁸ Tunçomağ, s. 146; Tanju Uygur, “Cezai Şartın Tenkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Kasım-Aralık 1975, s. 816-819

¹⁰⁹ Karagöz, a.g.e., s. 52; Ekinci, a.g.e., s. 324, Benzer şekilde Yargıtay 13 HD, 8.10.1990, 902-6059 (Günay, a.g.e., s. 193, dipnot 553)

olduğunun kabul edilmemesi ve indirime tabi tutulmaması, borca aykırılığın ağır olmadığı hallerde ancak aşırı olduğu takdirde indirilebilmesi gerekir.¹¹⁰

Değişik zamanlarda ifası gereken borçlardan önemli bir kısmı yerine getirilmiş yalnızca küçük bir bölümü ifa edilmemişse yani kısmi ifa durumunda sözleşmeye aykırılığın ağır sayılmaması gerekir. Yargıtay da aynı görüştedir.¹¹¹

Yargıtay HGK, 8.3.1961T, 4 - 2/10 sayılı kararında, “...Hakim(...)mecburi hizmetin bir kısmının yerine getirilmemesinin indirmedeki ölçülerden sadece biri olabileceğini düşünerek hareket etmelidir.(...) Borca aykırı davranışın ağırlık derecesi (ki orada borcun bir kısmının yerine getirilmiş olması hafifletici sebeplerden sayılır) de kullanılacak ölçülerdendir.” demektedir.¹¹²

d. Tarafların Ekonomik Durumları

Hakim aşırılığı tespit ederken tarafların ekonomik durumunu, bilhassa borçlunun ekonomik gücünü dikkate alacaktır. Cezai şart, borçlunun iktisadi açıdan yıkımına sebebiyet vermemelidir. Böylece zayıf durumda olan ve cezai şartı ödemek, kabul etmek durumunda kalan borçlunun sömürülmesi engellenmiş olur. Özellikle iş akitlerinde işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf olan işçinin aleyhine öngörülen cezai şartın indiriminde bu kriterden yararlanılmalıdır.¹¹³

Tarafların ekonomik durumları belirlenirken, borçlunun borcun ihlalinden elde edeceği menfaat de göz önünde bulundurulmalıdır.¹¹⁴

Cezai şartın tenkisi için borçlunun talepte bulunmasının zorunlu olup olmadığı konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamakla birlikte, BK m.

¹¹⁰ Günay, a.g.e., s. 191; Kocaağa, a.g.e., s. 234

¹¹¹ Aynı yönde Yarg. 15 HD, 8.5.1978T, E.878,K.976 (Kocaağa, a.g.e., s. 235, dipnot 98 ve Günay, a.g.e., s. 193)

¹¹² Senai Olgaç, **İlmi ve Kazai İçtihatlarla Borçlar Kanunu**, C.II, Ankara 1976, s. 905

¹¹³ Karagöz, a.g.e., s. 53; Ekinci, a.g.e., s. 325

¹¹⁴ Kocaağa, a.g.e., s. 237

161/III, emredici hukuk kuralı niteliği taşıdığından ve hakimi aşırı bulduğu cezai şartı indirmekle mükellef tuttuğundan kanaatimizce borçlunun talebi olmadan da hakim re'sen indirebilmelidir. Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir.¹¹⁵

BK m.161/III, emredici hukuk kurallarından olduğundan, borçlunun önceden fahiş cezai şartın indirilmesini talep etme hakkından vazgeçmesi geçersiz olup, bu hakkın doğmasından sonra vazgeçmesi mümkündür.¹¹⁶

“Cezai şartın aşırı olup olmadığını belirlemede, başvurulması gereken kıstaslar her olayda kendine özeldir ve önemlidir.

Cezai şartın taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakkaniyet ve nesafete aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir.”¹¹⁷

B. Borçlunun Ekonomik Geleceğinin Sarsılması

Fahiş cezai şartların hakim tarafından BK m. 161/3 gereğince indirimi gerekirken, cezai şartın borçlunun iktisaden yıkımını sonuçlandıracak seviyede yüksek olarak kararlaştırılması ise, BK m. 20 gereğince cezai şartın tamamen hükümsüz olmasını sonuçlandıracaktır. Cezai şart miktarının aşırı yüksek olması, onun ahlaka ve adaba aykırı sayılması için yeterli olmayıp, cezai şartın ahlak ve adaba aykırılık sebebiyle geçersiz sayılabilmesi için, aşırı cezai şarta ilave olarak, borçlunun ekonomik yıkımının hedef alınmış olması gibi başka saiklerin varlığı da gerekmektedir.¹¹⁸

¹¹⁵ Yarg. HGK., 2.2.2005T, E.2004/9 - 759, K.2005/9 “.....Borçlar Kanunu’nun 161/3. maddesi uyarınca, hakim fahiş gördüğü cezaları indirmekle yükümlüdür. Bu hüküm emredici nitelikte olduğundan hakim tarafından re’sen gözetilmelidir; borçlunun bu yolda bir talebinin bulunması aranmaz.” (Karagöz, a.g.e., s. 54, dipnot 177), Yarg. 15 HD., 28.12.1989T., 1989/1938E., 1989/5496K “Hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis etmek zorundadır. Kamu düzeni ile ilgili olduğundan bu ciheti hakim, görevinden ötürü kendiliğinden göz önünde bulundurur.”

¹¹⁶ Günay, s. 202

¹¹⁷ Yarg. HGK., 12.4.2000T., 2000/13 - 749E. - 2000/758K. (Ekinci, s. 338 - 339)

¹¹⁸ Ekinci,a.g.e., s. 324 ve Hüseyin Ekinci, “Cezai Şart, Zarar İlişkisi ve Cezai Şartın Sona Ermesi”, **Adalet Dergisi**, Ocak 2002, s. 97 - 119

Türk Ticaret Kanunu m. 24 hükmü, BK m.161/3 hükmüne tacirler bakımından bir istisna getirmiş olup, buna göre “Tacir sıfatını haiz bir borçlu BK’nun 104. maddesinin 2. fıkrasıyla 161. maddesinin 3. fıkrasında yazılı hallerde fahiş olduğu iddiasıylacezanın indirilmesini isteyemez.” Bu madde gereğince aşırı cezanın indirilememesi için, öncelikle borçlunun tacir veya tacir gibi sorumlu tutulan kimse ve cezai şartın ticari nitelikte bir borç için kararlaştırılmış olması lazımdır. Dolayısıyla mahkemenin borçlunun tacir olup olmadığını araştırması icap eder. Bu madde, tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir sonucudur.¹¹⁹

Aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin tacirler yönünden getirilen bu yasak mutlak olmayıp şu açıdan sınırlandırılmıştır. Buna göre tacir aleyhine öngörülen cezai şart ahlaka ve adaba aykırılık oluşturacak şekilde aşırı ise, BK m. 19/2 ve m. 20 hükümleri çerçevesinde indirim uygulanabileceği gibi, hükümsüzlüğüne de karar verilebilecektir. Yargıtay kararlarında da vurgulandığı üzere, kararlaştırılan cezai şart miktarı borçlunun ekonomik özgürlüğünü kabul edilemez derecede sınırlamakta ve ekonomik varlığının tehlikeye düşmesine veya yok olmasına neden olmakta ise, cezai şart ahlaka ve adaba aykırı sayılır.¹²⁰

Ahlak ve adaba aykırılık oluşturacak derecede yüksek tayin edilmiş bir cezai şartın tamamını geçersiz saymak yerine BK m. 20/2’ de düzenlenmiş kısmi butlan yaptırımını uygulayarak sadece aşırı kısmı geçersiz sayarak cezai şart miktarını ahlak ve adaba aykırılık teşkil etmeyecek seviyeye indirme hususunda çeşitli görüşler¹²¹ ileri sürülmüş olmakla beraber bizce de Yargıtay’ın içtihatlarında belirtildiği üzere, cezai şart miktarı tacir borçlunun

¹¹⁹ Karagöz, a.g.e., s. 55 - 56; Günay, a.g.e., s. 216 vd

¹²⁰ Yarg. 15. HD, 11.5.2000T., E.1999/4655, K.2000/2324, “Taraflar arasındaki sözleşmeye göre, işin belirtilen günde bitirilmemesi halinde iş bedelinin iki misli tazminatın ödeneceği hükmü - ifaya ekli ceza – niteliğinde olup, bu ceza hükmü muhtemel zararın çok üstünde onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşru sayan bir hüküm olduğundan, yüklenicinin iktisaden mahvına neden olmasa da Anayasa’nın 18. ve BK. nun 19. ve 20.maddelerine göre batıldır.” (Karagöz, a.g.e., s. 57, dipnot 192)

¹²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz Kocağa, a.g.e., s. 263

iktisadi yönden yıkımına neden olacak ölçüde yüksekse, cezai şart hakim tarafından tamamen ortadan kaldırılacağı gibi makul düzeye de çekilebilir.¹²²

“Davalı inşaat yapımcısı ‘tacir’ olup BK 161 maddesi ve TTK’ nın 24. maddesi gereğince cezai şarttan indirim yapılmasını isteyemeyeceğinden mahkemece cezai şart yönünden 18.000 DM karşılığında hükmedilmesi yerine inşaatın büyük bölümünün yapıldığından bahisle cezai şarttan tenkis cihetine gidilmesi doğru olmamıştır.”¹²³

¹²² Yarg. HGK, 20.3.1974T, E.1970/1053, K.1974/222 “...cezai şart borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek ise adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu tacir olsa dahi böyle bir durumda ceza iptal edilebilir. (Kocağa, a.g.e., s. 264)

¹²³ Yarg. 15 HD., 02.07.2001T., 2001/1636E. - 2001/3565K. (Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, s. 358 - 359)

II. BÖLÜM

BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA CEZAI ŞART

I. İŞ HUKUKUNDA CEZAI ŞARTIN ÖNEMİ

İş Hukuku, iş nedeniyle işçi ve işverenler arasında kurulan ilişkiler yanında işçi ve işveren örgütlerinin kendi aralarındaki ve devletle olan ilişkilerini de düzenleyen bir hukuk dalı olarak tanımlanabilir.¹ 'Hizmet sözleşmesi', 'hizmet akdi', 'iş akdi', olarak da ifade edilen iş sözleşmesi, iş hukukunun ana konusunu teşkil eder. Nitekim iş sözleşmesinin kurulmasıyla çalışan, işçi; çalıştıran, işveren niteliğini kazanmakta olup iş hukukunun kurum ve kurallarına tabi olmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu, önceki iş kanunlarından farklı olarak iş sözleşmesini tanımlamış, bu kanun zamanına kadar iş sözleşmesinin tanımını yapan tek pozitif metin, Borçlar Kanunu m. 313 olmuştur. Bu maddeye göre, 'Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayrimuayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder.' Bu tanımlı tamamlayıcı nitelikte olan ve iş sözleşmesinin iş görme, bağımlılık ve ücret unsurlarını içeren 4857 sayılı İş Kanunu m. 8/1 ise, iş sözleşmesini şu şekilde tanımlamaktadır: 'İş sözleşmesi bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.'

İş sözleşmesi, her iki tarafa da karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler grubunda yer alır. Bu sözleşmeyle, bir taraf iş görme, diğer taraf da buna mukabil ücret ödeme borcu altına girer.² İşçinin bu sözleşmeden kaynaklanan ve en önemli borcu olan işi ifa borcunun yanında işverenin emir ve talimatına itaat, işverene sadakat (sır saklama ve rekabet etmeme)

¹ Hamdi Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku (Genel Kavramlar - Bireysel İş İlişkileri)*, Ankara 2008, s. 5

² Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 246

borçlarının varlığının karşısında işverenin de temel borcu ücret ödeme borcuna ilave olarak işçiyi gözetme ve eşit davranma borçları vardır.³

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi normal olarak iş sözleşmelerinde de her iki tarafın (işçi ve işveren) sözleşmeden doğan borçlarını sözleşmeye uygun olarak ifa etmeleri beklenir. Ancak bunun aksinin olma olasılığı her zaman mevcut olduğundan taraflar diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmelerini güvence altına almak amacıyla değişik hukuki olanaklara başvururlar. Bu aşamada karşımıza çıkan ve bu hukuki olanaklardan en önemlilerinden birini teşkil eden cezai şart, iş hukukunda geniş bir uygulama alanına sahip olup özellikle son zamanlarda iş akitlerinde ve toplu iş sözleşmelerinde sıklıkla yer bulmaktadır. Ancak bir borçlar hukuku kurumu olan ve BK m. 158-161 maddelerinde tanzim edilmiş cezai şart, İş Hukukunda, taraflar arasında (işçi-işveren) sözleşme denkliğinin olmaması, İş Hukukunun kendine özgü niteliğe sahip olması ve işçiyi koruma amacına yönelik emredici hükümleri karşısında diğer sözleşmelerden farklı olarak birtakım özellikler gösterir. Dolayısıyla işgücünü, üretim araçlarını elinde tutan işverene ücret karşılığında tahsis ederek boyunduruğu altına giren ve onun karşısında zayıf konuma sahip işçiyi korumak amacıyla emredici hükümlerle donatılmış iş mevzuatı açısından iş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılabilmesi, hukukun genel ilkelerine, iş hukukunun emredici hükümlerine ve iş hukukunun kendine özgü niteliğine uygun olmasına bağlıdır.

İş sözleşmesinde cezai şarta ilişkin kayıtlara yer verilmesinin değişik amaçları vardır. Bunları işveren, işçi ve sendika açısından başlıklar altında inceleyecek olursak;

³ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 437 vd

A. İşveren Açısından

İş Hukukunda cezai şart, genelde, işverenin fesih hakkına kanunla veya sözleşmeyle getirilen sınırlamalara aykırı şekilde sözleşmeyi feshi halinde bir yaptırım olarak götürü tazminat niteliğinde belirli bir miktar paranın işçiye ödenmesinin kararlaştırılması suretiyle söz konusu olmaktadır. İş akitlerinde cezai şarta ilişkin hükümlere yer verilmesinin en önemli amacı, iş sözleşmesinden doğan borçların sözleşmeye uygun olarak ifasını sağlamak ve süresinden önce iş akdinin haksız olarak feshini engellemektir.⁴ Tez çalışmamızın genel olarak cezai şart bölümlerinde ayrıntılı olarak üzerinde durduğumuz ve vurguladığımız üzere⁵, borçlu üzerinde psikolojik baskı yapmak suretiyle onun borcunu sözleşmeye uygun olarak yerine getirmesini sağlayan hukuki bir araç olan cezai şart zarardan bağımsız olduğu için iş akdinin haksız olarak feshi halinde, taraflar uğramış oldukları zararı ispat zorunda olmaksızın tazmin edebileceklerdir.

Teknolojik gelişmeler, iş piyasasında nitelikli elemanlara olan talebi arttırmıştır. Nitelikli elemanlara olan bu talep sonucunda, rakip işletmeler, nitelikli elemanlara daha iyi iş imkanları sağlayan teklifler sunarak işçilerin mevcut iş sözleşmesini feshetmelerini sağlama yoluna gitmektedirler. Bunun sonucunda işçi daha iyi şartlarda çalışmak istediğinden kendisine yapılan teklifi kabul ederek sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin ya da ihbar sürelerine uymaksızın işyerinden ayrılmaktadır. Bu durumda eski işveren, hem nitelikli yeni işçi bulma konusunda zorluk yaşamakta, faaliyet yaptığı alanda rekabet gücünü kaybetme tehlikesiyle karşılaşmakta, hem de yeni işçi buluncaya kadar geçen sürede önemli zararlara uğramaktadır. Öte yandan işveren, nitelikli elemanı, mevcut işçilerini mesleki eğitime tabi tutmak dolayısıyla önemli eğitim harcamaları yapmak suretiyle de sağlamış olabilir. İşte işveren bu tür işçilerini, işyerine bağlamak, nitelikli elemanları ile belirli süreli iş sözleşmesi yaparak sözleşmenin süresinden önce feshini

⁴ Karagöz, a.g.e., s. 19

⁵ Cezai şartın amacı yan başlığı altında borçluyu ifaya zorlama konusu, s. 6 - 7

engellemek isteyecektir.⁶ Ayrıca işverenin işçinin iş akdini feshetmesi halinde ortaya çıkan zararlarını ispat edebilmesinin zorlukları nedeniyle, uğradığı gerçek zararını tazmin ettirememesi riskiyle her zaman karşılaşma olasılığı mevcuttur. Bu sebeple daha iş akdinin kuruluş aşamasında işverenin, iş akdinin haksız feshinden kaynaklanacak muhtemel zararlarını cezai şart kararlaştırma yoluyla güvence altına almasında haklı menfaati olduğu şüphesizdir.⁷

Öte yandan işçi, iş ilişkisi boyunca işverene ve işyerine ait mesleki sırları öğrenmekte, işverenin müşteri çevresini tanımaktadır. İşçinin, iş akdinin feshinden sonra öğrenmiş olduğu sırları kullanmak suretiyle işverene zarar vermesi mümkün olduğu gibi, nitelikli işçinin işyerinden ayrıldıktan sonra kendi adına faaliyette bulunması, işverenle rekabet edebilecek konuma gelmesi de mümkündür. Bu durumda işverenin en iyi başvuracağı yol, işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi yapmak ve bu sözleşmeye cezai şarta ilişkin kayıt koyarak işçinin borca uygun davranmasını sağlamaktır.⁸ Ancak rekabet yasağında işçinin iktisadi geleceğini tehlikeye düşürmemesi açısından yer ve işin türü bakımından sınırlandırma yapılmalıdır.⁹

“

Davacının davalı hastane işyerinde hemşire olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacı işçi ile işveren arasında iş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında uygun olan bir iş sözleşmesi bulunmadığından BK 348/l anlamında belirli bir sürede rakip bir işletmede çalışmaması yolunda koşul öngörülelemeyeceğinden buna yönelik

⁶ Karagöz, a.g.e., s. 19, 73 vd; M.Polat Soyer, “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, **Kamu - İş**, C. 5, S. 3, Nisan 2000, s. 363

⁷ Karagöz, a.g.e., s. 74 - 75

⁸ Karagöz, a.g.e., s. 75; M.Polat Soyer, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, Ankara 1994, s. 47 vd

⁹ Yarg. 9. HD., 02.05.2008T., 2007/17815E., 2008/11014K (Mustafa Kılıçoğlu, Kemal Şenocak, **İş Kanunu Şerhi**, Cilt 2, 15.05.2008 Tarih ve 5763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Yeni İçtihatlarla Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2008, s. 1128 - 1129)

cezai şart isteminin reddi gerekirken mahkemece yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”¹⁰

B. İşçi Açısından

Her şeyden önce cezai şart, işçi lehine kararlaştırıldığında, işverenin iş sözleşmesini feshetmesini engelleyerek iş güvencesi sağladığı gibi, ücret alacağının gecikmesinin önlenmesi ve işçinin de uğraması muhtemel zararlarının karşılanması amacına hizmet etmektedir. Sözleşmesi haklı bir sebep olmaksızın feshedilen işçiye, işverenin belli bir miktar cezai şart ödemesini öngören sözleşme hükmü, işverenin haklı bir neden bulunmadan hizmet akdini feshetmesini önlemek amacıyla uygulamada sıkça başvurulmuş bir yoldur. Dolayısıyla cezai şart, ciddi anlamda iş güvencesi bulunmayan ülkemizde bir anlamda iş güvencesi sağlayıcı rol oynamaktadır.¹¹ Dolayısıyla iş akdiyle işveren aleyhine cezai şart kararlaştırılmasında şüphesiz işçinin de menfaati vardır. İşveren açısından istihdam güvencesi sağlayan cezai şart işçi açısından iş güvencesi teşkil eder. Cezai şart, fesih hakkının hukuka aykırı kullanımı nedeniyle kanunen öngörülen tazminatlar (ihbar, kötü niyet, iş güvencesi tazminatı, sendikal tazminat) ile kıdem tazminatı yerine ikame bir tazminat değildir. Salt sözleşmeye aykırılığın sabit olması halinde fesih nedeniyle zarar şartı aranmaksızın ayrıca talep edilebilen bir ödeme değildir.¹²

“Taraflar arasındaki sözleşmenin V/b maddesinde öngörülen yaptırım, cezai şart niteliğindedir. Nitekim mahkemece de buradaki tazminat cezai şart olarak kabul edilmiş ancak ihbar ve kıdem tazminatına hükmedilmiş olması nedeniyle ayrıca cezai şart gerekmeyeceğinden bahisle bu yöndeki isteğin reddine karar verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, davacının ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmış olması ayrıca sözleşmedeki cezai şartı istemesine engel değildir. O halde, burada yapılacak iş BK’ nın 161. maddesinin son

¹⁰ Yarg. 9. HD., 10.3.2008T., 2007/11865E., 2008/3993K. (Kılıçoğlu, Şenocak, s. 1129)

¹¹ Ercan Akyiğit, **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, Ankara 2008, s. 771

¹² Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 651 - 652; Günay, Cezai Şart, a.g.e., s. 45

fıkrası da göz önünde tutulup gerekli tenkis yapılarak uygun bir miktara karar vermekten ibarettir.”¹³

İş sözleşmelerinde cezai şart, işverenin fesih hakkının sınırlandırılması yanında işverenin ücret ödeme borcunda olduğu gibi işverenin sözleşmeden kaynaklanan borçlarını geciktirmeden yerine getirmesini sağlamak için de kararlaştırılmaktadır.¹⁴

Ancak iş akdiyle işçi aleyhine öngörülen cezai şartın, işçi bakımından riskler taşıdığı da gerçektir. İşçi, işe ihtiyacı olduğundan ve bilinçsiz olduğundan bu tür kayıtlara iş ilişkisinin kurulması aşamasında sessiz kalmakta, sonradan bu tür kayıtların aleyhine ağır sonuçlar doğuracağını farkında olmamaktadır.¹⁵

Taraflar kanunda öngörülen cezai şart türleriyle bağlı olmadığından kanunda öngörülme­yen türde ve kendine özgü bir cezai şart kararlaştırabilirler. İşçinin davranışı herhangi bir zarara yol açmasa ve işverenin hukuken istenebilir bir zararı mevcut olmasa dahi, işçinin yükümlülüğüne aykırı davranması halinde cezai şart ödeyebileceği kararlaştırılabilir. Bu tür cezai şart kayıtları, zararın denkleştirilmesi amacına değil, işverenin zenginleşmesi amacına hizmet eder. Bu haliyle tazminat hukukunun denkleştirme ilkesine aykırı olup işçinin sorumluluğunu ağırlaştırmaktadır.¹⁶ Öte yandan cezai şart zarardan bağımsız olduğundan işveren lehine kararlaştırılması durumunda, ispat kuralları işçi aleyhine yer değiştirecek, işçi yükümlülüğünü gereğince yerine getirdiğini, sözleşmeye aykırı davranışta herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispatlayacaktır.

¹³ Yarg. 9HD., 10.11.1992T., 1992 / 6312E., 12426K. (Ekinci, **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, s. 98)

¹⁴ Yarg. 9HD., 17.4.1995T., E.1994/19193, K.13612 “.....ücret alacağının geç ödenmesi nedeniyle her gün için %1 artırımlı olarak hüküm altına alınan miktar Yargıtay uygulamalarına göre cezai şart niteliğindedir. Bu nedenle Borçlar Kanununun 161/son maddesi dikkate alınarak uygun bir indirim yapılması gerekirken bu yönün üzerinde durulmamış olması isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.” (Aydın Başbuğ: “Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim”, **Kamu - İş**, Prof. Dr. Kamil Turan’a Armağan, Cilt: 7, 2003, Sayı: 2, s. 248 ve dipnot 36)

¹⁵ Karagöz, a.g.e., s. 76 - 77

¹⁶ Karagöz, a.g.e., s. 77

Dolayısıyla kural olarak iş akdinde yer alan işçinin zarardan bağımsız olarak veya zararla birlikte ayrıca cezai şart ödeyeceği yönündeki kayıtlar, işçi aleyhine haksız sonuçlar doğurması ve iş hukukunun özel karakteriyle bağdaşmaması sebebiyle kabul edilemez.¹⁷

İşverenin yapmış olduğu yeni yatırımların sonuçlarını alabilmek ve işçiyi işyerine bağlamak amacıyla cezai şart kararlaştırılması durumunda, cezai şart miktarının belirlenmesinde, işçinin sözleşmeye aykırı davranışı neticesinde işverenin uğrayacağı muhtemel zararın yanı sıra, işveren tarafından yapılmış olan bu yatırımlar da etkili olabilmektedir. Öte yandan işverenin işçinin mesleki eğitimi ve gelişimi için yaptığı giderler karşılığında işçiyi belirli bir süre işyerine bağlamak amacıyla cezai şart kararlaştırılması durumunda, işçi fesih hakkının sınırlandırılmış olması nedeniyle, özgürlüğünden belli bir süreyle vazgeçmekte, işyerini serbestçe seçme hakkından yoksun kalmakta, bu durum da işçinin mesleki gelişim ve ilerlemesinin engellenmesine neden olabilmektedir.¹⁸

Ayrıca cezai şart kararlaştırılması ve akde aykırı davranış nedeniyle muaccel hale gelmesi, tek geçim kaynağı ücreti olan, ekonomik nedenlerle işsiz kalmamak amacıyla cezai şarta rıza gösteren işçinin kendi ve geçim kaynağı tehlikeye girmekte, özellikle iş akitlerinde ayrıntılı cezai şart kayıtlarına yer verilmesi durumunda, işçi stres ve baskı altında işini ifa etmek durumunda kalmaktadır.¹⁹

II. İŞ HUKUKUNDA CEZAI ŞARTIN HUKUKSAL KAYNAKLARI

Daha önce de vurguladığımız üzere, İş hukukunda cezai şartın en çok karşılaşıldığı yer iş sözleşmeleridir. İş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanununun “Tanım ve Şekil” başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrasında, ‘İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.’ şeklinde tanımlanmış, aynı

¹⁷ Karagöz, a.g.e., s. 78

¹⁸ Karagöz, a.g.e., s. 78 – 79 - 80

¹⁹ Karagöz, a.g.e., s. 80

maddenin ikinci cümlesinde, iş sözleşmesinin, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi olmadığı belirtilmiştir. İş sözleşmesinin bu tanımında ‘zaman’ unsuruna yer verilmemiştir. İş görme borcu, belirli bir zaman dilimi içerisinde ifa edildiğinden, iş sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Sözleşmenin ifa edileceği süre belirli olabileceği gibi belirsiz de olabilir.²⁰

Belirli süreli - belirsiz süreli iş sözleşmeleri ayrımı, türlerine göre iş sözleşmelerinin ayrımında temel teşkil eder ve sözleşmeye uygulanacak kurallar da bu ayrıma göre ayrışır.²¹ 4857 sayılı İş Kanunu m. 9/2’ ye göre, ‘iş sözleşmeleri, belirli veya belirsiz süreli yapılır.’

A. İş Sözleşmesi

1. Belirli Süreli İş Sözleşmesi

4857 Sayılı İş Kanununa göre belirli süreli iş sözleşmesi, “Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işçi ile işveren arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesidir. (m.11/1) Kanunun bu hükmü gereği belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi, tanımda belirtilen objektif koşulların veya benzerlerinin varlığına bağlı olduğundan, salt tarafların süre belirlemeleri ile yani subjektif olarak süre belirlenmesi suretiyle belirli süreli bir iş sözleşmesi kurulamayacaktır.

“Davacı, kıdem tazminatı alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

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

²⁰ Karagöz, a.g.e., s. 135

²¹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 314

Davacı işçi, davalıya ait işyerinde meydana olarak 01.03.1995-28.02.1997 tarihlerini kapsayan belirli süreli sözleşmeye dayanarak çalışmış olup, sürenin bitimi ile aradaki akti ilişki son bulmuştur. Taraflar arasındaki uyuşmazlık kıdem tazminatı koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda toplanmaktadır. Öğretide benimsenen görüş doğrultusunda Dairemiz, belirli süreli hizmet akdi için özellikle işçinin niteliği itibariyle haklı bir nedenin bulunması gerektiği görüşündedir. Ancak bu takdirdedir ki işveren belli bir süre nitelikli bir elemanını işyerinde çalıştırabilme olanağını elde eder. Somut olayda olduğu gibi niteliksiz bir işçi ile süresi belirli bir sözleşme yapılması ihtiyacı söz konusu olmadığından böyle bir sözleşmenin geçerliliği kabul edilemez. Bunun doğal sonucu olarak sözleşmenin bitim tarihinde davacının çalıştırılmamış olması kıdem tazminatının ödenmesini gerektirir.

.....

Temyiz olunan kararın yukarıda belirtilen nedenle bozulmasına.....”

İş sözleşmesinde süre, açıkça bir tarih olarak veya gün, hafta, ay, yıl gibi belirli bir zaman birimiyle ifade edilen ve sınırlanan bir süre olarak belirlenebilir. Vadenin mevcudiyeti yeterli olup kesin olması (belirli tarih, süre gibi) sözleşmenin belirli süreli olarak kabulü için şart değildir.²²

“Davacı, ihbar tazminatı ile cezai şart alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Evvela; işçi (hemşire) ile işveren arasındaki ilişkinin belirli süreli sözleşme niteliğinde olup olmadığı çözümlenmelidir.

İş Kanununun hem lafzı, hem de ruhu üzerinde durularak geçerli sebepleri olmaması halinde aradaki hizmet sözleşmesinin belirsiz olduğu kabul edilir. Bu daha çok işçi yararınadır.

²² Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 315 - 317; Karagöz, a.g.e., s. 136

Bu itibarla hemşire ile hastane arasında düzenlenen sözleşmeler birbirini takip ettiğinden belirli süreli dir. Her iki taraf da ihbar tazminatı isteyemez.”²³

Belirli süreli iş sözleşmeleri, taraflarca öngörülen sürenin veya konusunu oluşturan işin bitimiyle, ayrıca herhangi bir işlem gerekmeksizin kendiliğinden sona erer.²⁴ Dolayısıyla bu tür sözleşmeler, süresi içerisinde bildirimli fesih yoluyla sona erdirilemez. Bu hem işçi hem de işveren açısından geçerlidir. Ancak BK m. 338’ e göre, belirli süre için yapılmış iş sözleşmesinin sona ermesi, bildirim şartına bağlanabilir.²⁵ İşveren, belirli süreli iş akdini sürenin bitiminden evvel bildirimli fesih yoluyla feshederse işi kabulde temerrüde düşer (BK m. 325) ve işçi kalan süreye ilişkin ücretini çalışmasa bile talep edebilir. Ancak işçinin işi görmeye hazır, işverenin işçinin iş görme borcunu yerine getirmesi için üstüne düşen yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve işi kabulden kaçınmasının haklı bir nedene dayanmaması gerekir. Belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak feshinin de işverenin temerrüdü sonucunu doğurduğu kabul edilmekte olup işçi BK m.325 hükümleri gereğince sözleşme süresinin bitimini beklemeye gerek olmaksızın kalan süre için kazanmaktan yoksun kaldığı ücretini tazminat olarak talep edebilir.²⁶

“...Davacı belirli süreli hizmet akdinin süre bitiminden önce haklı bir neden olmadan işveren tarafından feshedildiğini iddia ederek hizmet sözleşmesinin fesihten sonraki süreyle ilgili ücret alacak isteğinde bulunmuş, mahkeme bu isteği reddetmiştir. Davacının bu isteği BK’ nın 345. maddesine dayanmakta olup işverenin haklı bir neden bulunmadığı halde belirli süreli hizmet akdini süre bitiminden önce sona erdirdiği anlaşıldığından

²³ Yarg. 9HD., 9.5.2002T., 2001 / 20847E – 2002 / 7404K. (Ekinci, **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, s. 101)

²⁴ Haluk Hadi Sümer,“Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları”, **TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 12, Şubat 1992, Sayı: 8, s. 4

²⁵ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 772 - 773

²⁶ Karagöz, a.g.e., s. 137

mahkemece bu isteğin de kabulü gerektiği halde yazılı şekilde reddedilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”²⁷

“...Taraflar arasındaki hizmet akdi aralarındaki sözleşme uyarınca bitim tarihinden bir ay önce yazılı bildirim yapılmadığından yeni dönem için yenilendiğine ve cezai şart tazminatının hüküm altına alınması ile de bu husus mahkemenin de kabulünde olduğuna göre bakiye süreye ait ücret alacağının reddi doğru değildir. Mahkemece yapılacak iş bilirkişice hesaplanan bakiye süreye ait ücretin Borçlar Kanununun 325. maddesi gereğince bir değerlendirmeye tabi tutularak davacının bu işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği veya bir diğer iş ile kazandığı ya da kazanmaktan bilerek imtina ettiği gelirleri indirme tabi tutarak hüküm altına almaktan ibarettir....”²⁸

Dolayısıyla belirli süreli iş akdinin süresinden önce işveren tarafından haksız feshi halinde, BK m. 325 hükmü gereğince işveren sözleşme süresi bitimine kadar işçiye ücretini ödemekle mükelleftir. İşçi tarafından haksız feshi halinde ise işveren genel hükümler çerçevesinde (BK m. 96) uğramış olduğu zararlarını işçiden talep edebilir. Ancak işverenin tazminat hukukuna ilişkin uzun prosedür ve ispat zorlukları yaşaması nedeniyle belirli süreli iş akitlerinde işçi aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştırıldığı ve taraflar arasındaki bu eşitsizliğin giderilmeye çalışıldığı görülmektedir²⁹ ve bu durum kimi görüşlerce geçerli sayılmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmesinde süresinin bitiminden evvel işveren tarafından haklı olmayan bir nedenle sona erdirilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan cezai şartın, işçinin BK m. 325 uyarınca talep edebileceği tazminat talep hakkını ortadan kaldırıp kaldıramayacağı hususuna bakacak olursak; bu durum özellikle kararlaştırılan cezai şartın BK m. 325 uyarınca talep edilebilecek tazminat miktarından az olması halinde önem taşır. Bu

²⁷ Yarg. 9HD., 3.6.1997T., 1997/7562E. - 1997/10641K. (Ekinci, **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart** s. 99)

²⁸ Yarg. 9HD., 12.9.2001T., 2001/9913E. - 2001/13535K. (Ekinci, **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, s. 100-101)

²⁹ Karagöz, a.g.e., s. 138, M.Polat Soyer ,Cezai Şartın Geçerliliği, s. 366-367

durumda BK m. 159/II uyarınca cezai şartı aşan zararı talep etmek imkanı varken, kararlaştırılan cezai şartın fazla olması halinde ise, BK m.325/II' de düzenlenen mahsup kuralı uygulanamayacağından, cezai şartın fahiş olması halinde BK m. 161/son uyarınca tenkisinin söz konusu olacağı ileri sürülmektedir.³⁰

Yargıtay eski tarihli bir kararında, belirli süreli iş sözleşmesinde işçi aleyhine kararlaştırılmış olan tek taraflı cezai şartın geçerli olduğuna hükmetmişken³¹ sonraki kararlarında eğitim giderlerinin söz konusu olduğu haller dışında, belirli süreli iş sözleşmeleri açısından, sadece iki taraf için de cezai şart öngörülmüş olması halinde, işveren lehine cezai şarta hükmedilebileceğini, tek taraflı olarak işçi aleyhine öngörülmesi halinde cezai şartın geçersizliğini ifade etmektedir. Sadece işveren aleyhine öngörülen cezai şart geçerli olacaktır. Yargıtay'ın yerleşik kazanan bu içtihadı İş hukukunun gereklerine ve esprisine uygun bulunmaktadır.³²

“...Taraflar arasındaki hizmet akdi belirli süreli olduğundan süresi belirli olmayan hizmet akitleriyle ilgili olarak İş Yasasının 13.maddesinde düzenlenen ihbar tazminatının olaya uygulama olanağı yoktur. Hizmet akdinde düzenlenen cezai şart yalnız işçi aleyhine ve işveren lehine konulduğundan istikrar kazanan içtihatlarla göre geçerli değildir.”³³

“...Davacı eğitim masrafı alacağı ile cezai şart alacağının ödetilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

³⁰ Başbuğ, a.g.m., s. 247

³¹ Yarg. 4HD., 31.12.1948T., E.6100, K.11033 (Karagöz,a.g.e., s.139, dipnot 27)

³² Karagöz,a.g.e., s.140; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 652

³³ Yarg. 9HD., 21.1.1998T., 1997/19361E.-1998/389K (Ekinci, **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, s. 99-100)

Taraflar arasında düzenlenmiş ferdi hizmet sözleşmesinde sadece davacı işveren yararına cezai şart öngörülmüş ise, tek taraflı olması nedeniyle geçersiz olduğundan istemin reddine karar verilmesi gerekir.”³⁴

“...Özel eğitim kurumunda, hizmet sözleşmesi ile çalışan öğretmen, istifa etmek suretiyle işi bırakırsa, sözleşme karşılıklı anlaşma ile son bulmadığından, işveren, sözleşme gereğince cezai şart isteyebilir. Ancak, hakim, fahiş bulunduğu cezayı tenkis etmelidir.”³⁵

İşçinin, işveren tarafından verilen çok yüksek ve özel maliyetli eğitim karşılığı olarak belirli bir süre işyerinde çalışma taahhüdüne aykırı davranması halinde ödenmek üzere cezai şart da kararlaştırılsa, tek taraflı olduğu için geçersiz sayılır.³⁶ Ancak işçinin işyerinde belli süre ile çalışma taahhüdüne uymaması halinde işveren tarafından işyeri dışında yapılan eğitim giderlerini cezai şart olarak ödeyeceği kararlaştırılmışsa, bu sözleşme hükmü geçerli kabul edilmekte ancak hakimin BK m.161/son gereğince gerekli indirimi yapması gerektiği belirtilmektedir. Nitekim Yargıtay 9. HD, 19.9.2001, E.2001/10098, K.2001/141113 sayılı kararında, işçinin, bankanın eğitim süresince kendisine ödediği ücretler ile banka dışı eğitmenlere ödediği ücretleri cezai şart olarak ödeyeceğini öngören hizmet sözleşmesi hükmünü tek taraflı olduğu gerekçesiyle uygulamayarak işverenin talebini reddeden alt mahkeme kararını, eğitim süresince işçiye ödenen ücretler ile banka dışı eğitim için eğitmenlere ödenen ücretlerin birbirinden ayrı ödemeler olduğu; banka dışı eğitmenlere ödenen ücretlere ilişkin olarak BK m. 161’e göre değerlendirme yapılmak suretiyle hüküm kurulması gerektiği gerekçesiyle bozmuştur.³⁷

³⁴ Yarg. 9HD., 2.3.1988T., 1987/21587E.-1988/2833K(Ekinci, **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, s .98)

³⁵ Yarg. 9HD., 7.4.1997T., 1997/628E.-1997/6836K. (Ekinci, **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, s. 98-99)

³⁶ Yarg. 9HD., 2000/2254E.-2000/6332K . (Mollamahmutoğlu, a.g.e.,s.653, dipnot 302)

³⁷ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 653, dipnot 303

Cezai şartın sözleşmenin her iki tarafı için ya da taraflardan sadece biri aleyhine öngörülmesi konusuna çalışmamızın ilgili bölümünde ayrıca ayrıntılı olarak yer verilecektir.

Belirli süreli iş akdinin BK m. 339 /f.1' e göre yenilenmesini takiben yenilenen iş sözleşmesi, sürenin bitimine rağmen çalışmaya devam edildiğinden belirsiz süreli iş akdine dönüşeceğinden, İş Kanunu m. 25' e göre haklı nedenlere dayalı feshi halinde ilk sözleşmede öngörülen cezai şart hükmünün yürürlükte olduğundan bahisle cezai şart istenemez.³⁸ Ancak 4857 sayılı İş Kanunu m. 11/son gereğince esaslı neden varsa yapılan zincirleme iş akitleri, belirli süreli olma özelliğini koruduğundan zincirin son halkasını teşkil eden belirli süreli iş akdinin süresinden önce haksız olarak feshi durumunda öngörülen cezai şart istenebilir.³⁹

Belirttiğimiz esaslardan da anlaşılacağı üzere, belirli ya da belirsiz iş akitlerinde, sözleşmenin işverence haksız feshi durumunda ödenmek üzere cezai şart kararlaştırılmış ve işveren de haksız fesihte bulunmuş ise, işçi cezai şartı talep edebilir. Ancak işçinin cezai şart ödemesi, işveren aleyhine de kararlaştırılmış olması koşuluyla belirli süreli iş akdini haksız feshetmesi durumunda mümkündür.⁴⁰

“Dosya içeriğinden taraflar arasında 9.9.2000-9.9.2001 tarihleri arasında yeni bir hizmet akdi düzenlendiği anlaşılmaktadır. Davalı Radyoloji Teknikeri olup vasıflı bir işçi özelliğini taşıdığı için belirli süreli hizmet akdi ile çalıştırılmış olması bu işin özelliğine uygun düşmektedir. Artık böyle bir durumda sözleşmenin daha önceki bir yılda belirli süreli yapılmış,sonra aynı süre için uzatılmış ve tekrar yazılı bir sözleşme ortaya konulmuş olması hususları üzerinde durulmasının önemi yoktur. Sözleşme 9.9.2000-9.9.2001 tarihlerini kapsadığına ve davalı işçi de 7.12.2000 tarihinde bu sözleşmeyi

³⁸ Mollamahmutoğlu,a.g.e.,, s. 654, dipnot 308, Ancak bu sonuç iş sözleşmesinin belirlenen süreden önce haksız şekilde feshine ilişkin olarak öngörülen cezai şart bakımından söz konusu olup fesih dışında kalan sözleşmeye aykırılık halleri açısından belirlenen cezai şart hükümleri, geçerliliklerini sürdürür. (Karagöz, a.g.e., s. 146)

³⁹ Mollamahmutoğlu,a.g.e.,, s. 654-655

⁴⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 655

bozduğuna göre, sözleşmenin 8. maddesinin uygulanarak davacı işveren yararına cezai şart kabul edilmeli ve karar oluşturulurken de Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Cezai şartın her iki taraf yararına düzenlendiğinin de ayrıca belirtilmesi yerinde olur.”⁴¹

İşveren, iş akdini haklı nedenle feshetmişse, sözleşme belirli süreli de yapılmış olsa, cezai şart uygulanamaz.⁴² Çünkü iş akitlerinde kararlaştırılan cezai şart çoğunlukla, haklı bir sebep bulunmaksızın akdi feshedene yüklenmektedir, akdin hukuka aykırı feshinin yaptırımıdır. İşçi de belirli süreli iş akdini, kanunen haklı neden kabul edilen durumlardan birinin varlığı halinde cezai şart ödemededen feshedebilir.⁴³

“...Mahkemece davalı ve karşı davacının fazla mesai yapmaya zorlanması ve yapılan fazla mesai ücretinin de ödenmemesi sonucu haklı fesih yoluna gittiği kabul edildiğine göre davacı bankanın cezai şart ile eğitim masrafına ilişkin isteklerinin reddine karar verilmesi gerekirdi. Fesih haklı ise artık fesheden taraf aleyhine hizmet akdine aykırı eylemden söz edilemez. Bu itibarla davacı bankanın isteklerinin reddedilmek üzere kararın bozulması icap eder.”⁴⁴

Daha önce de vurguladığımız üzere 4857 sayılı İş Kanunu m. 11/2 hükmü, belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı bir neden olmadıkça, zincirleme yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Eski 1475 sayılı Kanunda bu yönde açık bir hüküm olmamasına rağmen gerek öğreti gerek Yargıtay⁴⁵ bu tür zincirleme iş sözleşmelerinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği ve dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu, bu nedenle belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceğini kabul etmekteydi. Yargıtay kimi

⁴¹ Yarg. 9HD., 10.9.2001T., 14588-14588 (Günay, s. 45, dipnot 176)

⁴² Yarg. 9HD., 15.12.1995, E.1995/21362, K.1995/35588 (Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 655, dipnot 309)

⁴³ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 655

⁴⁴ Yarg. 9HD., 5.6.2002T., 2002/2820E.-2002/9510K (Ekinci, Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart , s. 101-102)

⁴⁵ Yarg. HGK, 20.4.1977T., E.38, K.400, Yarg. 9HD., 4.6.1974T., E.17162, K.11205 (Karagöz, a.g.e., s. 143, dipnot 39)

kararlarında hukuki gerekçe gösterilmeksizin yapılan zincirleme belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreliye dönüşeceğini hükmetmiştir.⁴⁶ Dolayısıyla haklı nedenlerin bulunmaması durumunda, baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi hükümlerine tabi olacak zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin feshinde, ihbar sürelerine uyulması icap eder. Ayrıca şartların gerçekleşmesi halinde işçi kıdem tazminatına da hak kazanabilir.⁴⁷

Belirli süreli zincirleme iş sözleşmesi yapılmasını haklı kılan esaslı nedenlerin neler olduğu kanunda sınırlı olarak sayılmadığından, her somut olayın taşıdığı özellikler dikkate alınmak suretiyle değerlendirme yapılmalı, bu tür nedenlerin varlığı halinde sözleşmenin belirli süreli olma özelliğini koruduğunu, belirsiz süreli iş sözleşmesine ilişkin hükümlere tabi tutulamayacağını kabul etmek gerekir. Bazen işin niteliği (mevsimlik işler, sahne ve gösteri hizmetleri v.s) bazen de yasa gereği (özel öğretim kurumları kanunu) yapılan sözleşme belirli sürelidir. Yargıtay, niteliksiz işçilerle yapılan belirli süreli iş akdinin objektif nedenlere dayanmadığı gerekçesiyle belirsiz süreli iş akdi hükümlerine tabi olması gerektiği görüşündedir.⁴⁸ Yargıtay'a göre işçinin nitelikli eleman örneğın kontrol mühendisi⁴⁹, doktor⁵⁰, elektrik ve elektronik mühendisi olup araştırma ve geliştirme grup lideri olarak çalışması⁵¹ belirli süreli iş akdi yapılmasını haklı kılan objektif neden olup birbirini izler şekilde sözleşme yapılmış olsa dahi belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmezler.⁵²

2. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi

4857 sayılı İş Kanunu m. 11/1' e göre, 'iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli iş

⁴⁶ Yarg. 9HD., 7.5.1998T., E.1998/5745, K.1998/8434, Yarg. 9HD., 2.11.1999T., E.1999/13652, K.1999/16594 (Karagöz,a.g.e., s. 143, dipnot 40)

⁴⁷ Yarg. 9HD. , 5.11.1992T., E.1992/4182, K.1992/12212, Yarg. 9HD., 19.9.1996T., E.1996/5735, K.1996/17159 (Karagöz,a.g.e., s. 143, dipnot 42)

⁴⁸ Yarg. 9HD., 13.06.2005, E.2004/25545, K.2005/21051 (Karagöz, a.g.e., s. 145, dipnot 52)

⁴⁹ Yarg. 9HD., 01.07.2004T., E.2004/4300, K.2004/16295

⁵⁰ Yarg. 9HD., 12.04.2005T., E.2004/18480, K.2005/12960

⁵¹ Yarg. HGK., 15.12.2004T., E.2004/9-655, K.2004/714

⁵² Karagöz,a.g.e., s. 145, dipnot 53

akitlerinden ayırık olarak, açık veya örtülü bir vade öngörülmediğinden, süreli fesih ile sona erdirilebilirler. Süreli fesih hakkı kural olarak yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulanır. İş hukukunda asıl olan sözleşmelerin belirsiz süreli yapılmasıdır.⁵³

Uygulamada cezai şart özellikle belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız olarak feshi hali için kararlaştırılmaktadır. Öğretide bazı görüş sahipleri⁵⁴ belirsiz süreli iş sözleşmelerinde işçi aleyhine cezai şart öngörülemediği, irade serbestisi ve kişi özgürlüklerini korumak amacıyla işçi açısından süreli fesih hakkının kullanımının sınırlamalara tabi tutulmasının kabul edilemeyeceği görüşündedir. Buna karşılık belirli süreli akitlerde, Yargıtay kararlarında da benimsenen ve vurgulanan esaslar çerçevesinde (tek taraflı olmamak, işveren aleyhine de öngörülmek kaydıyla) iş sözleşmesinin işçi tarafından haksız feshi halinde cezai şart ödeneceği kararlaştırılabilir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesi durumunda, cezai şart ödeneceği kararlaştırılmış ve işveren de haksız fesih yapmışsa işçi cezai şartın ödenmesini isteyebilir.⁵⁵

Asgari ve azami süreli iş sözleşmelerine bakacak olursak;

İş sözleşmesi yapılırken, tarafların iş ilişkisinin devamı için asgari bir süre belirlemeleri mümkündür. Bu tür durumlarda haklı nedenlerle derhal fesih hakkı saklı kalmak üzere, belirlenen asgari süreyle sınırlı olmak üzere süreli fesih hakkı ortadan kaldırılmaktadır. Asgari süreli iş sözleşmeleri, devamı asgari bir süre ile güvence altına alınmış olan belirsiz süreli iş sözleşmeleridir. Bunlar belirli süreli iş akitlerinden farklı olarak sözleşmede öngörülen asgari sürenin geçmesi ile kendiliğinden sona ermezler. Bu tür sözleşmelerde asgari süre içerisinde iş sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesi durum için cezai şart kararlaştırılmışsa, yukarıda belirli süreli iş

⁵³ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 335, 656

⁵⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 654

⁵⁵ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 654-655

sözleşmesinde cezai şarta ilişkin yaptığımız açıklamalar burası için de aynen geçerlidir.⁵⁶

Tarafların sözleşmenin devamı açısından azami bir süre öngördükleri durumda, azami süreli iş sözleşmesinden bahsedilir. Azami süreli iş sözleşmesi, süresi içerisinde bildirimli fesih yoluyla sona erdirilebilirler. MOLLAMAHMUTOĞLU, azami süreli iş sözleşmelerinin mahiyetleri itibariyle belirsiz süreli oldukları, bu nedenle işçi aleyhine öngörülen cezai şartın geçersiz olduğu görüşündedir.⁵⁷

Yargıtay 9.HD, 17.11.1992T, E.1992/8777, K.1992/12603 sayılı kararında, iki yıl süreli yapılan, sözleşmenin süresinden önce işçi tarafından haksız feshi halinde, işçinin işverene cezai şart ödemesinin, işverenin haksız feshi halinde ise, fesih bildirimine ilişkin hükümlerin uygulanmasının öngörüldüğü uyuşmazlık konusu olayda, cezai şartın, tek taraflı işçi aleyhine olması nedeniyle geçersizliğine hükmetmiştir.

Deneme süreli iş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılması durumunda kural olarak cezai şart deneme süresinden sonra bağlayıcı olacaktır. Dolayısıyla deneme süresi içerisinde iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğinden bahisle sözleşmede öngörülen cezai şart talep edilemez. Deneme süresi, tarafların belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesinin başlangıç dönemi için kararlaştırmış oldukları ve bu süre içerisinde sözleşme ile bağlanıp bağlanmama hususunda karar verme haklarını saklı tuttıkları bir dönemdir. 4857 Sayılı İş kanunu m. 15 ve BK m. 342, taraflara deneme süresi kararlaştırma hususunda bir imkan vermekte olup zorunluluk öngörmemekte iken, deneme süresine ilişkin olarak emredici nitelikte hüküm içermektedir. Bu hükme göre ise, deneme süresi en fazla iki ay olabilir, bu sürenin toplu iş sözleşmesi ile dört aya kadar uzatılması mümkündür. Bu süre içerisinde İş kanunu m. 15/2- 1. cümle gereğince, taraflar herhangi bir tazminat ödemek zorunda olmaksızın süresiz fesih

⁵⁶ Karagöz, a.g.e., s. 148-149

⁵⁷ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 654

bildirimi yoluyla sözleşmeyi feshedebilirler. Ancak bu hakkın dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerekmektedir. Taraflar deneme süresi içerisinde iş sözleşmesinin dürüstlük kuralına aykırı olarak feshedilmesi haline veya bu süre içerisinde işçinin sır saklama ve rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin olarak sözleşmede açıkça öngörülme suretiyle cezai şart kararlaştırabilirler. Bu ayırık haller dışında deneme süresi içerisinde hüküm ifade etmek üzere cezai şart kararlaştırılacağına kabulü deneme süresinin mahiyetiyle bağdaşmayacaktır.⁵⁸ Yargıtay da aynı görüştedir.⁵⁹

“

Davaya dayanak olan 8.12.2003 tarihli hizmet sözleşmesinin IV. Maddesinde ‘Personel en az (Bir) yıl çalışmayı kabul eder. Bu sürenin bitiminden sonra istifa ederek ayrılan veya işten ayrılma anlamına gelecek biçimde işe gelmeyen personel İş Kanununun 17. maddesinde öngörülen ihbar tazminatını ödemekle yükümlüdür.’ denilmektedir. Gerek hizmet sözleşmesinin içeriğinden, gerek anılan maddenin düzenleniş biçiminden hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu anlaşılmaktadır. Belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde de cezai şart düzenlenmesi mümkün bulunmaktadır.

Buna göre, cezai şart isteminin kabulü yerinde ise de, hüküm altına alınan miktardan Borçlar Kanunu’ nun 161/son maddesi uyarınca bir indirim yapılması gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır.

....”⁶⁰

3. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi

4857 sayılı İş Kanununun iş sözleşmelerinin türü ve çalışma biçimleri serbestisini düzenleyen 9. maddesine göre, “taraflar kural olarak iş sözleşmesini ihtiyaçlarına uygun türde düzenlemekte serbesttirler. İş

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için Karagöz, a.g.e., s. 152-153-154

⁵⁹ Yarg. 9HD., 24.04.1996T., E.1995/35258, K.1996/9448 (Karagöz, a.g.e., s. 154 ve dipnot 92)

⁶⁰ Yarg. 9HD., 8.6.2006T., E.2005/33688, K.2006/16491 (Cevdet İlhan Günay, **İş Davaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 594-595)

sözleşmeleri, çalışma biçimleri bakımından tam süreli veya kısmi süreli olarak oluşturulabilirler.” 4857 sayılı İş Kanunu m. 13/1 kısmi süreli iş sözleşmesini şu şekilde tanımlamıştır: “İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda, sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir.”

Görüldüğü üzere kanun, kısmi süreli çalışma bakımından kanuni çalışma süresini değil, o işyerinin tam süreli emsal işçisinin tabi olduğu çalışma süresini dikkate almaktadır. Kısmi süreli çalışma, sözleşmeye dayalı akdi bir çalışma türü olup Kanunun işçi sağlığı v.s nedenlerle normal çalışma süresinin altında çalışılmasını emrettiği durumlarda kısmi çalışma olmaz. Kısmi çalışma süreklilik özelliğine sahiptir, arızı bir çalışma değildir.⁶¹

4857 sayılı İş Kanunu, kısmi süreli çalışmayı birkaç hüküm dışında ayrıntılı düzenlememiş, bu hususu emsal işçi esasında bir kriter koyarak uygulamaya bırakma yoluna gitmiştir. Kanun, emsal işçi ile kısmi süreli çalışan işçi arasında eşit işlem borcu bağlamında ayırım yasağı getirmiş ve bu hususu “Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı bir işleme tabi tutulamaz.” şeklinde düzenlemiştir. Kanun 13. maddesinin 2. fıkrası ile de “Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.” hükmünü getirmiştir. Kısmi süreli iş sözleşmeleri, belirli süreli yapılabileceği gibi belirsiz süreli de yapılabilir.⁶² Bu sebeple, kısmi süreli iş sözleşmesi yapıldığı iş sözleşmesi türüne göre farklı hukuk kurallarına tabi olur. Bu durum kısmi süreli iş sözleşmesine konulacak cezai şart hükümleri açısından da söz konusu olup kısmi süreli çalışmanın belirli ya da belirsiz süreli olmasına göre yukarıda yaptığımız açıklamalar bu tür çalışma için de geçerli olur.

B. Genel İş Koşulları (Formüler İş Sözleşmeleri)

⁶¹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 338 v.d

⁶² Mollamahmutoğlu a.g.e., s. 340-342

“Genel iş koşulları, genel işlem koşullarının İş hukukundaki görünümünden ibaret olup iş ilişkilerinin içeriğini belirlemek üzere işveren tarafından tek yanlı hazırlanan, düzenleme aşamasında belirli grupları, fakat bu grupların içinde yer alan belirsiz sayıda işçileri ilgilendiren kurallardır.”⁶³ Bir diğer görüşe göre, “genel iş koşulları, genel işlem koşullarına benzer nitelikte olup işçinin hiçbir etkisi olmaksızın işveren tarafından belirlenerek hizmet sözleşmesi yapılırken işçiye empoze edilen şartlardır.”⁶⁴

Öncelikle genel işlem şartlarına değinecek olursak;

Genel işlem şartları, sözleşme taraflarından birinin sözleşmenin türü önem taşımaksızın ileride kuracağı sözleşmelerde karşı akide değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle tek yanlı olarak sözleşmenin içerik ve şartlarını oluşturmak amacıyla sözleşme öncesi hazırladığı koşullardır. Sözleşme koşullarının taraflarca görüşme ve tartışmalar sonucunda belirlenmesi halinde genel işlem şartlarından bahsedilemez.⁶⁵

Genel işlem şartlarının, sözleşme yapılmadan önce birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere, karşı tarafın herhangi bir katkısı bulunmaksızın taraflardan birisinin sözleşmenin içeriğini belirleme hakkını tek taraflı olarak kendi yararına kullanarak hazırlanması gerekmekte olup önceden sözleşme şartlarının düzenlenmiş olmasında düzenleyen kimsenin bir önemi yoktur. Mesela, iş ilişkileri açısından genel işlem şartları işveren tarafından tek başına veya birkaç işverenle birlikte hazırlanmış olabileceği gibi işverenin üyesi olduğu sendika veya işyerinde bulunan sendika veya işçi temsilcileri ile birlikte de hazırlanmış olabilir.⁶⁶

Genel işlem şartları tek taraflı olarak hazırlanmaları, kendisine sunulan tarafın genelde ekonomik, sosyal veya kültürel yönden zayıf olması,

⁶³ M.Polat Soyer, **Genel İş Koşulları**, İstanbul 1987, s. 26-27-28

⁶⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 69, dipnot 182

⁶⁵ Karagöz, a.g.e., s. 112; Soyer, Genel İşlem Koşulları, s. 27

⁶⁶ Karagöz, a.g.e., s. 112-113

kendisine dayatılan koşulları kabulde zorunlu kalması nedeniyle taraf eşitliğinden ve sözleşme özgürlüğünden bahsedilemeyeceğinden içeriklerinin denetlenmesi gerekmektedir. Bu denetim, her şeyden önce, BK m.20 (hukukun emredici kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırılık halinde geçersizlik), dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması noktalarında kendini gösterir. Ayrıca genel işlem şartlarının açık olmaması halinde hazırlayan taraf aleyhine yorumlanması gerektiği de belirtilmektedir. Genel işlem şartlarının hakim tarafından denetlenmesi bazı kayıt veya şartların sözleşmenin kapsamına dahil sayılmaması veya geçersizliği sonucunu doğurabilecektir. Yargıtay'ın genel işlem şartlarına ilişkin görüşü de aynı yöndedir.⁶⁷

İş hukukunda ve iş sözleşmelerinde genel işlem şartları, genelde iş koşulları olarak nitelendirilmekte ve zayıf konumda olan ve tip sözleşmeye müdahale olanağı bulunmayan işçinin korunması açısından denetimi söz konusu olmaktadır.⁶⁸ İşyerinde işçi - işveren ilişkilerinin önceden hazırlanmış, genel ve tek düze kurallar içeren formüler iş sözleşmeleri ile düzenlenmesi mümkün olduğundan ve uygulamada da yaygın olarak kullanıldıklarından ve ayrıca taraflar arasındaki dengesizlik iş ilişkilerinde diğer sözleşme türlerine göre daha belirgin olduğundan bunların denetlenmesi iş ilişkileri yönünden daha bir önem taşımaktadır. Bu anlamda konumuz yönünden bakacak olursak, kendisinin ve ailesinin geçimi için işe ihtiyacı olan, bu nedenle kendisine teklif edilen işi ve koşulları kabul zorunda kalan, işyerindeki diğer işçilerin tip iş sözleşmesini imzaladıklarının telkin edildiği ve şartlar hakkında değerlendirme yapabilecek birikime sahip olmayan işçinin imzaladığı tip iş sözleşmenin işçi aleyhine cezai şart içermesi mümkündür. Çünkü tip iş sözleşmeleri, cezai şarta ilişkin hükümler içerebilir. Ancak bu hükümlerin sözleşme ile bağlayıcılık kazanması, önceden hazırlanması ve işçiye bildirilmiş olmasına bağlıdır. Genel iş koşulları işçiye yazılı bir metin şeklinde sunulabileceği gibi işçinin bu koşullar hakkında zahmetsizce bilgi edinme

⁶⁷ Bkz.Yarg. 3HD, 2.6.1998T, E.1998/4263, K.1998/6098, Karagöz, a.g.e., s. 114 ve dipnot 192

⁶⁸ Soyer, Genel İşlem Koşulları, s. 26-27

olanağının bulunduğu durumda da bildirimin yapılmış olduğu kabul edilir. Cezai şarta ilişkin sözleşme kayıtlarının geçerliliği, bu kayıtların açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme alınması, hangi tür sözleşmeye aykırılık hali için cezai şart kararlaştırıldığıнын somut bir şekilde belirtilmesine bağlıdır. Aksi takdirde bu hükümler geçersiz sayılacağından, kararlaştırılan cezai şart talep edilemez. Öte yandan, cezai şarta ilişkin bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin daha işçi lehine olması halinde aynı yöndeki genel iş koşulları uygulanmaz. Formüler iş sözleşmesi veya bir başka deyimle tip iş sözleşmesi kaydının aşırı şekilde işçi aleyhine olduğu gerekçesiyle denetiminde, sözleşme bir bütün olarak dikkate alınarak sözleşmenin işçiye sağladığı menfaatlerle getirdiği yükümlülüklerin karşılıklı olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Buna en güzel örnek, cezai şartın eğitim giderleri karşılığı olarak öngörülmesi halidir.

Türk Hukukunda yaygın görüş işyeri uygulamalarının ve işyeri iç yönetmeliğinin genel iş koşulları niteliğinde olduğudur. İş yeri iç yönetmeliklerine ayrı bir başlık altında değineceğimizden burada işyeri uygulamalarına değineceğiz.

İşyeri uygulamaları, işçinin zımni kabulü ile iş sözleşmesi hükmü halini alır, bir iş sözleşmesi eki olarak bağlayıcı nitelik kazanır. 4857 sayılı İş Kanununun 22/1. maddesine göre, işyeri uygulaması, iş sözleşmesinin eki niteliğindedir. Bu durum maddede, “işveren iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan....” şeklinde dile getirilmiştir. Öyleyse, işyeri uygulamaları, akdi nitelikte kaynaklardandır. İşyeri uygulamalarının iş sözleşmesi hükmü haline gelebilmesi, işverenin bazı şartların gerçekleşmesi durumunda, işçilere ileride bu tür ödemelerin yapılacağını açıkça vaat etmiş veya fiilen işçilere bu türden ödemeleri sürekli olarak yapmış olmasına bağlıdır.⁶⁹

⁶⁹ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 69 vd; Karagöz, a.g.e., s. 159-160

İşyeri uygulamasının işçi aleyhine sonuç doğurması, işçinin bu tür uygulamaları açıkça kabul etmesine bağlıdır. İş Kanunu m.22/1. maddesi, işyeri uygulamalarının işçi aleyhine değiştirilmesini, işçiye yazılı olarak bildirilmesi ve işçinin 6 işgünü içerisinde yazılı bir şekilde kabul etmesi şartına bağlamıştır.⁷⁰

İş sözleşmesinin yapılmasıyla onun içeriğine dahil olan, eki haline gelen işyeri uygulamasına son verilmesi iş sözleşmesinde değişiklik olarak yorumlanır ve çalışma şartı haline dönüşmüş böyle bir işyeri uygulamasına işveren tarafından tek taraflı olarak son verilemez. Taraflarca anlaşılacak suretiyle her zaman değiştirilebilir. (İş Kanunu m. 22)

İşyeri uygulaması haline gelen bir kısım hak veya ödemelerin zamanında ödenmemesi halinde (örneğin ramazan bayramında bayram harçlığı ödenmesi, yılbaşı zamanlarında yılbaşı ikramiyesi v.s) veya gecikme durumunda belirli bir oranda arttırılarak ödeneceği işverence açıkça vaat edilmiş veya fiilen bu tür bir uygulamanın varlığı halinde cezai şartın söz konusu olduğu ve bunun geçerli olduğu belirtilmektedir.⁷¹

Kaide olarak, işçinin yazılı olarak ve açıkça kabul etmesi hali dışında, işverenin açıkça veya fiilen işyeri uygulamalarıyla işçi aleyhine sonuç doğuracak bir şekilde tek taraflı olarak cezai şarta ilişkin uygulamalarda bulunması mümkün değildir. Aynı şekilde işyeri uygulamaları ile işçiye sağlanan menfaatlerin sonradan işverence belli şartlara tabi kılınması durumunda bunların geçerlilikleri işçinin yazılı olarak ve açıkça kabulüne bağlıdır.⁷²

C. İşyeri İç Yönetmeliği

“Personel yönetmeliği”, “dahili talimatname”, “işyeri yönetmeliği”, “işyeri iç yönetmeliği” olarak da ifade edilen iç yönetmelik, işin personel

⁷⁰ Karagöz, a.g.e., s. 160

⁷¹ Günay, Cezai Şart, s. 93

⁷² Karagöz, a.g.e., s. 161

tarafından hangi şartlarda yerine getirileceğini belirleyen gerçek bir işlem şartı olarak veya işverenin işyerinde uygulanacak iş şartlarını tek taraflı olarak yeknesak bir şekilde belirlediği düzenleme olarak tanımlanabilmektedir.⁷³

İşyerinde iç yönetmelik düzenleme 3008 sayılı İş Kanunu zamanında işverenler açısından bir zorunluluk iken (m.29), 1475 sayılı İş Kanununda bir yükümlülük olarak düzenlenmemiştir.⁷⁴ 4857 sayılı Kanunda ise “personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar....”ifadesiyle çalışma koşullarının iç yönetmeliklerle düzenlenebileceğine dolaylı olarak değinilmektedir. (m.22)

İşyeriyle ilgili çalışma şartlarının hepsinin bireysel ve toplu iş sözleşmeleriyle öngörülmesi mümkün olmadığından İş Hukuku mevzuatına aykırı olmamak koşuluyla işverenin yönetim hakkı kapsamında bu tür düzenlemeleri yapabileceği kabul edilmektedir.⁷⁵

İç yönetmeliklerin bağlayıcı nitelik kazanabilmesi için öncelikle BK’ nın ‘mesai kaideleri’ başlıklı 315. maddesinde öngörülen koşullara uygunluk aranır. Bu maddeye göre, iç yönetmeliğin bağlayıcılığı için yazılı olması ve iş sözleşmesi yapılmadan önce işçiye bildirilmesi koşulları gerçekleşmelidir. BK m. 315’ de öngörülen bu koşulları taşıyan iç yönetmelik, iş sözleşmesinin akdi sırasında işçinin açık veya zımni kabul beyanı ile iş sözleşmesinin eki niteliği kazanır ve sözleşmenin kapsamına dahil olarak tarafları bağlar. Bu açıdan işveren ve işçinin kendileri için koydukları subjektif nitelikte akdi bir iş hukuku kaynağıdır.⁷⁶

İşyeri iç yönetmeliğinin hazırlanmasında işçinin katılımı söz konusu olmadığından hükümlerinden yoruma ihtiyaç gösterenlerin işçi lehine yorumlanması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁷

⁷³ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 66

⁷⁴ Arıcı, a.g.m., s. 38

⁷⁵ Karagöz, a.g.e., s. 154-155

⁷⁶ Karagöz, a.g.e., s. 156; Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 67-68

⁷⁷ Karagöz, a.g.e., s. 156; Soyer, Genel İş Koşulları, s. 132-134

4857 sayılı İş Kanunu m. 22, işyeri iç yönetmeliğinde yapılacak esaslı değişikliği, işçiye yazılı olarak bildirilmesi ve işçinin 6 iş günü içerisinde yazılı olarak kabul etmesi veya tarafların anlaşması koşuluna bağladığından taraflar için bağlayıcı hale gelmiş iç yönetmelik hükümlerinin, işveren tarafından işçi aleyhine olarak değiştirilmesi mümkün değilken, işverenin işçi yararına tek taraflı değişiklik yapması mümkündür.⁷⁸

Çalışma koşullarının işçiler için yeknesak hale getirilmesi için işyeri iç yönetmelikleri ile getirilecek kurallar müeyyideler de içerebilir. Bu müeyyideler arasında cezai şart da gündeme gelebilir. İç yönetmelik ile getirilen kaideler iş akdinin hükümlerine dahil kabul edilip onun bir eki niteliğinde olduğundan işçiler bu hükümleri kabul etmiş sayılırlar.⁷⁹

İç yönetmelik hükümleri ile çalışma şartlarına yönelik hükümler düzenlenirken, bu kurallara uyulmasını temin amacı ile para, disiplin cezası öngörüldüğünde bunun niteliğinin cezai şart olup olmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Ücret kesme cezasına değinecek olursak; İş Kanunu m.38/l. maddesi işverenin toplu veya bireysel iş sözleşmesiyle kararlaştırılmış olmak kaydıyla, işçiye ücret kesme cezası verebileceğini belirtmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası, verilebilecek para cezası miktarını, iki gündelik veya iki günlük kazanç tutarı ile sınırlamışken m.38/3, kesilecek para cezalarının, ÇSG Bakanlığı hesabına aktarılacağını hükme bağlamıştır. BK m. 157/1 maddesi de ücret kesintisine ilişkin olarak, sözleşme gereğince kesilen ücretin, aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine adet bulunmadıkça, kural olarak cezai şart olarak nitelendirilemeyeceğini ve ücret kesintisinin işverenin uğraması muhtemel zararına karşılık bir depozito olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle BK, iş sözleşmesinde yer alan ücret kesintileri ile ilgili hükümlerin kaideten cezai şart niteliğini haiz olmadığı karinesini kabul etmiştir. BK' da tanzim edilen ücret kesintisine ilişkin para cezalarının amacı, uğranılması muhtemel zararın

⁷⁸ Soyer, Genel İş Koşulları, s. 212; Karagöz, a.g.e., s. 156

⁷⁹ Arıcı, a.g.m., s. 38

karşılanması olduğundan tazminat niteliği ön plana çıkar.⁸⁰ Bir kısım yazarlar (TUNÇOMAĞ,ARICI,İZVEREN) işyeri yönetmeliğiyle öngörülen para cezalarının cezai şart olarak kabul edilebileceği görüşünde iken SAYMEN, BAŞBUĞ, GÜNAY cezai şart niteliği taşımadığı görüşündedirler.⁸¹

Kanaatimizce, iş sözleşmesinin eki niteliğinde bulunan işyeri iç yönetmelikleri ile, işçinin iş görme borcunu sözleşmeye uygun olarak yerine getirmesini temin amacı ile cezai şart getirilebilir. Ancak cezai şarta ilişkin bu hükümlere titizlikle yaklaşılmalıdır. Bu tarz hükümler açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmiş olmalı ve işçinin bu şartları bildiği kabul edilse bile işçiye açıkça duyurulup duyurulmadığına bakılmalıdır. İş Kanunu kapsamında uygulanan ücret kesintileri de, cezai şart 3. kişi lehine kararlaştırılabileceğinden ve cezai şartın asıl borcun ifasını güvence altına alma ve borçluyu ifaya zorlama amacı bu durumda da söz konusu olabildiğinden cezai şart olarak nitelendirilmesi mümkündür.

III. CEZAI ŞART VE FESİH HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

A. Genel Olarak Fesih Hakkının Sınırlandırılması

İş akdinin işverence feshinin mümkün olduğunca önlenmesi, iş hukukunun temel amaçlarından biridir. İşçinin feshe karşı korunması, belirli süreli iş akdinin haklı nedenle feshinde veya iş hukukunda asıl olan ve yaygın bir uygulamaya sahip belirsiz süreli iş akdinin haklı nedenle veya herhangi bir sebep göstermeksizin ihbar yoluyla feshinde söz konusu olur ve öncelikle yasal düzenlemeler yoluyla gerçekleştirilebilir. Ancak İş kanunlarında sınırlı olarak yer alan bazı düzenlemeler bu ihtiyaca cevap veremediğinden önce uzun tartışmaların ardından 4773 sayılı İş Güvencesi Yasası ile 1475 sayılı İş Kanununda değişiklik yapılmış, sonra da 4857 sayılı yeni İş Kanunu ile işçiye iş güvencesi sağlamaya yönelik hükümler ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak İş Kanununun tüm çalışanları kapsamaması, kapsam dahilinde olan

⁸⁰ Karagöz, a.g.e., s. 157

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için Karagöz, a.g.e., s. 158

işçilerin ise, 30 veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerinde çalışmak şartıyla, belirli şartların gerçekleşmesi halinde, iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanabilecek olması nedeniyle, fesih hakkının sınırlandırılması yönündeki uygulamalar eskisi kadar olmasa da devam edecektir.⁸²

B. Fesih Hakkının Cezai Şart İle Sınırlandırılması

Daha önce de vurguladığımız üzere⁸³, iş sözleşmelerinde cezai şart öngörülmesi, genellikle işverenin fesih hakkını sınırlandıran düzenlemelere uymamasının ya da nitelikli işgücünün korunmasında da işçiye işyerine bağlama düşüncesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. İşverenin fesih hakkının bireysel ve toplu iş sözleşmeleri ile sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin etkinliği ve işverenin bu hükümlere riayetinin sağlanması cezai şart kararlaştırmak suretiyle sağlanabilir. Özellikle toplu iş sözleşmelerinde fesih hakkının sınırlandırıldığı durumlarda bu hükümlerin güvence altına alınması için cezai şart da kararlaştırıldığı görülmektedir. Yüksek Yargıtay da genelde işverenin iş sözleşmesini sözleşmede öngörülen usul ve şartlara aykırı olarak feshetmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan miktara ilişkin sözleşme kayıtlarını cezai şart olarak nitelendirmektedir. Bu bağlamda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.9.1981T., E.1981/9-453, K.1981/596 sayılı kararında, 1475 sayılı İş Kanununun (4857 Sayılı Kanunun 17. maddesine karşılık gelen) nispi emredici nitelikte olduğu ve işçi yararına genişletilebileceği ilkesinden hareketle toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinin haksız feshi için öngörülen tazminatın ödenmesi gerektiğine hükmetmek suretiyle işverenin fesih hakkının sınırlandırılabilmesine karar vermiştir. Benzer bir şekilde başka bir olayda, Yargıtay 9 HD, 6.11.1991T., E.1991/11567, K.1991/13949 sayılı kararında, işyerinde işçi çıkarma zorunluluğunun doğması halinde, önce deneme süresini doldurmayanların, sonra emekliliğe hak kazananların ve en son olarak kıdemi az olanların işveren tarafından işten çıkartılacaklarını öngören toplu iş sözleşmesini geçerli kabul etmiş, bu hükme aykırı olarak iş sözleşmesinin feshi halinde

⁸² Karagöz,a.g.e., s. 197-198

⁸³ İş Hukukunda Cezai Şartın İşveren Açısından Önemi başlığı altında s. 80

işçiye kıdem ve ihbar tazminatlarının 3 kat olarak ödenmesine ilişkin sözleşme hükmünü cezai şart olarak nitelendirmiş ve geçerli kabul etmiş ve dolayısıyla işverenin fesih hakkının sınırlandırılabilceğini kabul etmiştir.⁸⁴

“Hizmet akdinin feshedildiği tarihte işyerinde yürürlükte bulunan 1.3.1999-29.2.2001 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesinin ‘işten çıkarmanın sonuçları, iş güvencesi’ başlıklı 31. maddesinin ikinci fıkrasında ‘Toplu İş Sözleşmesinin kapsamı, içindeki işyerlerinde çalışan üyelerimiz haksız nedenlerle bireysel ya da toplu şekilde işten çıkarılamazlar. 1475 sayılı yasanın 17/2. maddesine istinaden işten çıkarılmalarda Disiplin Kurulu kararı alınması zorunludur’ kuralına yer verildikten sonra üçüncü fıkrada ‘ancak disiplin kurulu kararı alınmaksızın haksız nedenlerle işten çıkarılan her işçiye işveren toplu sözleşme ve yasalardan kaynaklanan haklardan başka ve ayrıca (12) aylık maaş tutarında iş güvencesi ödeneği ödemeyi kabul eder. Bu ödeneğin hesabında, işçinin 1 aylık giydirilmiş maaşı esas alınacaktır.’ denilmektedir.

Davacı işçi, sözleşmenin bu hükmüne dayanarak hizmet akdinin haksız feshedilmiş olması nedeniyle alacak isteğinde bulunmuştur.

Mahkemece makul ve meşru sebeplerin bulunması halinde işverenin fesih hakkının tamamen ortadan kaldırılamayacağı buna aykırı düzenleme içeren Toplu İş Sözleşmesi hükmünün geçerli olamayacağı gerekçesiyle isteğin reddine karar verilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, makul ve meşru sebeplerin bulunması halinde işverenin İş Kanununun 13. maddesi uyarınca fesih hakkının ortadan kaldırılamayacağına ilişkin mahkemenin değerlendirmesi isabetlidir. Ne var ki Toplu İş Sözleşmesinin anılan düzenlemesinde işverenin fesih hakkı tamamen ortadan kaldırılmamış, sadece sınırlandırılmıştır. Diğer taraftan davalı işveren cevap dilekçesinde davacının işyerinde çalışma düzenini bozucu amirlerine karşı olumsuz davranışları nedeniyle hizmet akdine son

⁸⁴ Karagöz, a.g.e., s .204-205, dipnot. 59-60

verildiğini açıkça belirttiğine göre ortada işçinin verimsiz çalışması, sağlık durumunun elverişsiz olması ya da işyerinin ekonomik durumu gibi makul ve meşru bir sebebin varlığından da söz edilemez.

Bu durumda davacının iddiasında haklı olduğu kabul edilmelidir.

Bu konuda ayrıca belirtmek gerekir ki, söz konusu düzenleme cezai şart niteliğinde olduğundan Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi uyarınca bir değerlendirmeye tabi tutmak suretiyle istek hüküm altına alınmalıdır. Mahkemece yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”⁸⁵

Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararları da mevcuttur. Yargıtay 9. HD., 23.6.1994T., E.1994/5188, K.1994/10019 sayılı kararında, toplu iş sözleşmesinde öngörülen 'emeklilik hakkını kazanmasına 5 yıl ve daha az süresi kalan işçilerin tenkiset nedeniyle işten çıkarılamayacakları' yönündeki hükmü, 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesine (4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesi) aykırı olarak nitelendirmiştir. Yine Yargıtay 9. HD., 19.6.1996T., E.1996/1783, K.1996/14013 sayılı kararında, 'SSK' dan emekliliğine 3 yıl ve daha az süresi kalan işçiler işten çıkarılamazlar. Çıkarıldığı takdirde hesaplanan kıdem tazminatı iki katı kadar ödenir' şeklindeki toplu iş sözleşmesi hükmünü, işverenin fesih hakkını tamamen ortadan kaldırıcı nitelikte olduğu gerekçesiyle geçersizliğine hükmetmiş, aynı olayda sözleşmeye aykırı olarak işten çıkarılanların kıdem tazminatının iki kat olarak ödenmesine ilişkin sözleşme hükmünü 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde öngörülen kıdem tazminatına ilişkin tavan sınırını aşmaya yönelik bir düzenleme olarak kabul etmiştir.⁸⁶ Yine Yargıtay bir başka kararında, toplu iş sözleşmesinde öngörülen, muvazzaf askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği ve bu süre içerisinde işçiye son ücretinin %

⁸⁵ Yarg. 9HD., 14.10.2002T., 2002/3553E., 2002/19194K .(Karar yayınlanmamıştır.)

⁸⁶ Karagöz, a.g.e., s.205-206, dipnot 62 ve 66

50' sinin ödeneceği yönündeki hükmü, işverenin fesih hakkını ortadan kaldıran bir düzenleme olarak kabul etmiştir.⁸⁷

Yargıtay 9. HD., 25.6.1996 T., E.1996/10085, K.1996/14277 sayılı kararında, ekonomik nedenlerle işyerinin kapatılması halinde toplu iş sözleşmesinde öngörülen toplu işçi çıkarmaya yönelik cezai şarta ilişkin hükmün uygulanmayacağına karar vermişken, aynı daire 23.10.2001 gün, E.2001/12488, K.2001/16493 sayılı kararında, toplu iş sözleşmesinde işverenin ekonomik nedenlerle işçi çıkarabileceğinin öngörülmesi halinde ekonomik sebeplerle işten çıkarılan işçinin cezai şart talebinin hüküm altına alınması gerektiği yönünde aksi yönde karar vermiştir.⁸⁸

1. İşçinin Fesih Hakkının Sınırlandırılması

İş sözleşmesinde işçi işverenin bağımlılığı altına girdiğinden ve bu suretle kişilik haklarından belirli oranda vazgeçtiğinden iş sözleşmesinin feshinde daha fazla serbestiden faydalanması gerektiği kabul edilir. Bu nedenle kural olarak yasayla işçinin fesih hakkının sınırlandırılması yoluna gidilemeyeceği gibi iş sözleşmesinin feshine ilişkin mevzuat hükümleri daha ziyade nispi emredici nitelikte hükümler içerdiğinden fesih hakkının sözleşmeler yoluyla işçi aleyhine sınırlandırılması mümkün değildir. Bu durumun istisnasını, özellikle işverenin nitelikli işçisini veya belirli bir süre mesleki eğitim vermek suretiyle harcama yaptığı işçisini işyerine bağlamak amacıyla belirli süreli iş sözleşmelerinde haklı bir neden olmaksızın sözleşmenin işçi tarafından feshi halinde cezai şart ödeneceğinin kararlaştırılması oluşturur. Ancak kuşkusuz iş sözleşmesinde böyle bir cezai şart ödeneceği kararlaştırılmış olsa bile işçi lehine haklı nedenle fesih hakkı doğarsa işçi cezai şart ödemek zorunda kalmaksızın iş sözleşmesini feshedebilir.⁸⁹ Nitekim işçinin haklı nedenle fesih hakkının sınırlandırılması mümkün değildir. Bu sebeple işçinin haklı sebeple iş sözleşmesini fesih

⁸⁷ Yarg. 9HD., 29.4.1988T., E.1998/5122, K.1998/7920 (Karagöz, a.g.e., s.206, dipnot 70)

⁸⁸ Karagöz, a.g.e., s. 206, dipnot 71

⁸⁹ Sarper Süzek, "İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması", **Yargıç Dr . Aydın Özkul' a Armağan, Kamu-İş**, C.6, S: 4/2002, s. 91-92

haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran anlaşmalar ve dolayısıyla sözleşmede yer alan cezai şarta ilişkin kayıtlar geçersizdir. İşçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi halinde işveren cezai şart talebinde bulunamaz.⁹⁰

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında iş sözleşmesinde tek taraflı olarak işçi aleyhine cezai şart kararlaştırılmasını geçersiz saymaktadır. Buna karşılık iş sözleşmesinde her ki taraf için de eşit olarak cezai şart öngörülmüş ve işçi tarafından haklı bir neden olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi feshedilmişse Yargıtay işveren lehine cezai şarta hükmetmektedir.⁹¹ Yargıtay her iki taraf için de cezai şart kararlaştırılmış ancak işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işverene göre yüksek tutulduğu hallerde, düşük olan cezai şartın işçi açısından da geçerli olduğuna hükmetmiştir.⁹²

Yargıtay, iş sözleşmesinde işçi aleyhine tek taraflı olarak kararlaştırılmış bulunan cezai şartın geçersizliği yolunda verdiği kararlarını 1998 yılından beri ikili bir ayrıma tabi tutarak değerlendirmektedir. Buna göre, tek yanlı işçi aleyhine cezai şart kararlaştırılması geçersiz olmakla birlikte işçiye verilen eğitim gideri karşılığı sözleşmede belirli bir miktarın cezai şart olarak ödenmesinin öngörülmesi kural olarak mümkün ve geçerlidir. Yargıtay, bu hususta verdiği kararlarında işçiye verilen eğitim gideri karşılığı olarak işçinin belirli süre çalışma taahhüdü ile birlikte cezai şart öngören sözleşme hükümlerini geçerli kabul etmekte, tek taraflı cezai şart olarak nitelememekte ve bunlara hükmedilebilmesi için istenen miktarın sarf edildiğinin kanıtlanması gerektiği, bu bağlamda cezai şarttan ziyade gerçek bir zarar tazminini, bu miktar üzerinden de hakimin BK m.161/son gereğince tenkis yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir.⁹³ Bununla birlikte, işçi aleyhine tek taraflı cezai şartın geçerli olabilmesi için işverenin sağladığı eğitim sonucunda işçinin mesleki vasıfları, kazanımları artması, işçiye sağlanan

⁹⁰ Karagöz, a.g.e., s. 209-210

⁹¹ Yarg. 9HD., 10.9.2001, 14588 (Günay, Cezai Şart, s. 45, dipnot 176 ve Süzek, a.g.m., s. 92)

⁹² Yarg. 9HD., 8.4.1997T., 1090/7099 (Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 1997, s. 15)

⁹³ **Kamu-İş** Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, s. 115 vd.

eğitim ve yapılan masraflarla sözleşmeye konulan süre ve kararlaştırılan cezai şart arasında hakkaniyete uygun bir orantının bulunması gerekmektedir. Yargıtay bu hususa ilişkin görüşünü "...işveren büyük masraflar yaparak işçiyi yurtiçinde ya da yurtdışında eğitime ya da bursa tabi tutmuş yani onu yetiştirmiş ise işverenin belli bir süre işçiyi işyerinde çalıştırmaya mecbur tutması haklı görülmelidir. Somut olayda cezai şart böyle bir nedenle konulmuş bulunduğu göre, salt tek taraflı olması sonucu onun geçersizliğinin kabulü hakkaniyet ve adalet ilkeleriyle bağdaşmaz." demek suretiyle bir kararında⁹⁴ dile getirmiştir.

Eğitim giderleri karşılığı geri ödeme kayıtları ve cezai şarta ayrıca cezai şartın tarafları sorunu başlığı altında taraflardan birisi için cezai şartın getirilmesi başlığı altında ayrıca değineceğimizden şimdilik bu kadar açıklamayı yeterli görmekteyiz.

2. İşverenin Fesih Hakkının Sınırlandırılması

Fesih hakkının sınırlandırılması dolayısıyla işçinin feshe karşı korunması yasal düzenlemeler yanında sözleşmelerle özellikle toplu iş sözleşmeleri ile de sağlanabilir. Uygulamada da genelde işveren karşısında zayıf konumda olan işçinin bireysel iş sözleşmesinin aksine pazarlık gücünün bulunması nedeni ile toplu iş sözleşmelerinde işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmekte, bu tür hükümlerle fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin kurallar normatif bir değer kazanmaktadır.⁹⁵

İş mevzuatındaki iş sözleşmesinin feshine ilişkin hükümlerin bir kısmı mutlak emredici, büyük çoğunluğu da nispi emredici niteliktedir. Sözleşme taraflarının mutlak emredici hükümleri sözleşmelerle ihlal etmeleri mümkün değilken nispi emredici nitelikteki hükümleri işçi yararına değiştirmeleri mümkündür. Haklı nedenle feshe ilişkin düzenlemelerde, işverenin fesih

⁹⁴ Yarg. 9HD., 29.3.2000, 507/4100 (Süzek, a.g.m., s. 93, dipnot 59)

⁹⁵ Karagöz, a.g.e., s. 199; Süzek, a.g.m., s. 79; Nuri Çelik, "İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması", Prof. Dr .M. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s. 220

hakkının sözleşmeyle tümüyle ortadan kaldırılması, dürüstlük kuralları gereğince tarafların sözleşmenin devamına zorlanamaması, sözleşmenin feshedilebilmesi olanağının yani sözleşme özgürlüğünün sağlanması düşüncesinin esaslılığı nedeniyle geçersizdir. Buna karşılık fesih hakkının tamamen ortadan kaldırılmayacak şekilde bireysel veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine sınırlandırılması, yasadan farklı yaptırımlara (genelde disiplin cezalarının uygulanmasının öngörülmesi) bağlanması, dolayısıyla işverenin yükümlülüklerine uygun davranmasını sağlamak amacıyla cezai şart kararlaştırılması mümkündür.⁹⁶ Daha ziyade toplu iş sözleşmeleri ile getirilen bu hükümler genel olarak, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri olarak düzenlenen kanun hükümlerinin uygulama alanlarının daraltılması ve somutlaştırılması (niteliklerinin belirlenmesi) şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu tür sınırlandırmalara aykırı şekilde işverenin iş sözleşmesini feshetmesi, öngörülen cezai şartın muaccel olması bakımından yeterlidir. Ancak iş sözleşmesinde feshe bağlı olarak öngörülen cezai şartın muaccel olması, iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın feshedilmiş olmasına bağlı olup aleyhine cezai şart öngörülen taraf iş sözleşmesini haklı nedenlerle feshetmişse, cezai şartın ifası talep edilemez. Dolayısıyla cezai şart, sözleşmenin vadeden önce değil, hukuka aykırı olarak feshedilmesinin yaptırımı olduğundan iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği sabit olan işverene, sözleşme belirli süreli de olsa cezai şart uygulanamaz.⁹⁷ Ancak sözleşmenin haklı nedenle feshine neden olan tarafın cezai şart ödemesi yönünde sözleşmede açıkça belirtilmiş olmak koşuluyla taraflar kararlaştırmada bulunabilirler. Ancak bu hususun sadece İş kanunu m.24/II ve 25/II' de öngörülen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller bakımından söz konusu olduğunun kabulü gerekmektedir.⁹⁸

“Davacı, davalı belediyeye ait işyerinde çalışmakta iken iş akdinin siyasi nedenle haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar

⁹⁶ Süzek, a.g.m., s. 79

⁹⁷ Yarg. 9HD., 15.12.1995T., E.1995/21362, K.1995/35588 (Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 655, dipnot 309)

⁹⁸ Karagöz, a.g.e., s. 259-260

tazminatı ile TİS' de yer alan haksız fesih tazminatının hüküm altına alınmasını istemiş, mahkemece talep doğrultusunda karar verilmiştir. Davalı savunmasında, iş akdinin siyasi nedenle olmayıp ekonomik nedenlerle feshedildiğini bildirmiş, mahkeme kararında ise feshin ekonomik kriz nedeniyle gerçekleştiği kabul edilmiştir. TİS' in 16. maddesinde sözü edilen cezai şartın 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/II. maddesi dışında KEYFİ ve HAKSIZ bir sebeple işten çıkarmalarda uygulanacağı madde metninden açıkça anlaşılmaktadır. Aksini düşünmek, aynı yasanın 13. maddesinin uygulamasını tamamen ortadan kaldırmak sonucunu doğurur ki böyle bir yoruma gitmek mümkün değildir. Olayda davacının ekonomik kriz nedeniyle iş akdinin feshedildiği gerek savunma gerek diğer delillerden anlaşılmış, feshin keyfi ve haksız bir sebebe dayandığı kanıtlanamamıştır. Mahkemenin gerekçeli kararında da bu husus kabul edilmiştir. Bu durumda davacının haksız fesih tazminatına dair isteminin reddine karar verilmesi gerekirken hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”⁹⁹

“Taraflar arasında 6.7.1999-6.7.2000 dönemini kapsayan belirli süreli sözleşme imzalandığı ve bu sözleşme ile taraflardan birisinin süresinden önce hizmet akdini haksız olarak feshetmesi halinde diğer tarafa 4 brüt maaş tutarında tazminat ödeyeceğinin kurala bağlandığı, davalı işçinin 18.10.1999 tarihli dilekçe ile ‘..... ortaya çıkan ve nükseden bel ağrım nedeniyle çalışırken zorlanmakta ve görevimi tam yerine getirememekteyim. Bundan dolayı buradaki çalışma hayatıma son vermek istiyorum, istifamın 30.10.1999 tarihinden itibaren geçerli olacağı...’ şeklinde fesih iradesini açıkladığı, davalı işveren yetkisinin istifa dilekçesi üzerine ‘uygundur, gereği için Personel Müd. arz olunur.’ şeklinde şerh düştüğü dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Davacı işveren davalı işçinin hizmet akdini süresinden önce haklı neden olmadan feshettiğini ileri sürerek sözleşmede öngörülen cezai şart isteğinde bulunmuştur. Davalı işçi ise hizmet akdini sağlık nedeni ile feshettiğini belirterek isteğin reddine karar verilmesini talep etmiştir.

⁹⁹ Yarg. 9HD., 13.09.2000, 12519/11390 (Akyiğit, a.g.e, s. 776)

Mahkemece davacı işverence istifa dilekçesi üzerine konulan şerhin istifa isteği ve ileri sürülen fesih nedeninin kabulü anlamına geldiği gerekçesi ile isteğin reddine karar verilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, fesih beyanı, bozucu yenilik doğuran haklardan olup, karşı tarafa ulaşmakla, muhatabın kabulüne bağlı olmaksızın sonuçlarını doğurur. Somut olayda işveren tarafından davalının istifa dilekçesi üzerine konulan şerh ile dilekçenin verildiği ve tarihini ve ilgili birime havale edildiğini belirtmeye yönelik usuli bir işlem yapıldığı açıkça anlaşılmaktadır. Böyle olunca, anılan işlemde tarafların akdin feshi konusunda anlaştıkları ve ileri sürülen fesih nedeninin kabul edildiği sonucunun çıkarılması gerçeğe ve dosya içeriğine uygun düşmez. Akdin davalı işçi tarafından tek taraflı olarak feshedildiği kabul edilmeli, işverence yapılan işlemin sonuca etkili olmadığı düşünülmelidir.

Öte yandan davalı işçi, 1475 sayılı İş Kanunu' nun 16/l-a maddesinde belirtilen sağlık nedenine dayanarak akdi feshettiğini belirtmiş olduğuna göre, anılan madde koşullarının oluşup oluşmadığının araştırılması, akdin haklı nedenle feshedilip edilmediği açıklığa kavuşturulduktan sonra, istek konusunda hüküm kurulması gerekir. Mahkemece bu yönde yeterli araştırma ve inceleme yapılmadan yazılı şekilde davacı işverenin cezai şart isteğinin reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.”¹⁰⁰

4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesi, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin devam ettiği sürece çeşitli bildirim sürelerine uymak şartıyla feshine olanak tanımaktadır. Yine belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmeleri haklı nedenlerin bulunması halinde süre vermeye ihtiyaç bulunmaksızın derhal feshedilebilmektedir. Ayrıca iş güvencesi kapsamındaki işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin bildirimli feshinde işveren İş Kanunu m. 18/1 gereğince geçerli nedene dayanmak zorundadır. Bildirimsiz fesihte kanunda belirtilen bildirim sürelerinin kısaltılması veya tamamen ortadan kaldırılması

¹⁰⁰ Yarg. 9HD., 16.01.2001T., 15535/255 (Ercan Akyiğit, **İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi**, Ankara 2001, s. 429-430)

söz konusu değildir. Bu takdirde sözleşmede kararlaştırılan bildirim sürelerinin yerine kanundaki süreler geçer. Çünkü bu süreler İş Kanunu m. 17/3 gereğince asgari süreler olup sözleşmelerle ancak arttırılabilir. Öyleyse fesih bildirim süreleri gerek bireysel gerekse toplu iş sözleşmeleri ile arttırılabilir. Bu artırım hem işçi hem işveren yönünden söz konusu olabilir. Ancak bu sürelerin işçi ve işveren yönünden farklı olarak yatırılmasının mümkün olup olmadığı konusunda öğretide görüş birliği bulunmamakta olup bu konuda değişik görüşler ileri sürülmüştür.¹⁰¹ Yargıtay ise, bildirim sürelerine ilişkin hükmün kamu düzeni ile ilgili nispi emredici nitelikte olduğu ve sadece işçi lehine arttırılabileceği görüşündedir.¹⁰²

Taraflar sözleşmeye koyacakları hükümlerle fesih hakkının kullanılmasını sınırlandırabilirler. Bu belirli bir süre fesih hakkının kullanılmayacağı veya bu hakkın kullanımının belirli şartlara bağlanması şeklinde olabilir. Uygulamada da genel olarak işverenin fesih hakkının toplu iş sözleşmesi yoluyla sınırlandırıldığı görülmektedir. İş Kanunu m. 17, nispi emredici nitelik taşıyan hüküm olduğundan işverenin fesih hakkının tek taraflı olarak işçi yararına sınırlandırılması geçerlidir.¹⁰³

Uygulamada genel olarak bildirim sürelerinin arttırılması, fesih bildiriminin belirli şartlara bağlanması, feshin belirli prosedüre uymak şartıyla gerçekleştirilmesi¹⁰⁴ ya da fesih hakkının kullanılmasında belirli bir sıraya uyulması öngörülmek suretiyle işverenin fesih hakkı sınırlandırılmaktadır.¹⁰⁵ Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasına yönelik hükümlere aykırı olarak sözleşmenin işverence feshi durumunda, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmelerine ilişkin olarak da, İş Kanunu

¹⁰¹ Karagöz, a.g.e., s. 199-200 ve görüşler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Karagöz, a.g.e., s. 200

¹⁰² Yarg. 9HD., 3.5.2000T., E.1999/2417, K.2000/6515 (Karagöz, a.g.e., s. 201 ve dipnot 40)

¹⁰³ Karagöz, a.g.e., s. 201

¹⁰⁴ Yargıtay 9. HD, 3.3.1998 T., E.1998/465, K.1998/3021 sayılı kararında, toplu iş sözleşmesi ile, işverenin fesih hakkını kullanmasının, sendika ile yapılacak görüşmelerin sonucuna bağlandığı ancak, işçi sendikasının bu konuda görüşmeye yanaşmadığı olayda, iş sözleşmesi işverence feshedilen işçinin, sözleşmede öngörülen cezai şartı isteyemeyeceği yönünde karar vermiştir. (Karagöz, a.g.e., s. 201, dipnot 44 ve Cevdet İlhan Günay, **İş Kanunu Şerhi, Cilt I (Madde 1-32), Açıklama, Yargı Kararları, İlgili Mevzuat**, Ankara 2005, s. 1080)

¹⁰⁵ Çelik, a.g.m., s. 221-222; Süzek, a.g.m., s. 84-85

m. 21/son hükmü saklı kalmak kaydıyla, kanunda öngörülen tazminatlar arttırılabileceği gibi, cezai şart kararlaştırma yoluna da gidilebilir. Ancak daha önce de ve yargı kararlarında da vurgulandığı üzere, ister bireysel iş sözleşmeleri ile, ister toplu iş sözleşmeleri ile konulacak hükümlerle olsun işverenin fesih hakkının tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir. Bu durum hem kişilik haklarına hem de sözleşme özgürlüğüne aykırı düşer.

“Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özelliklerle her ne kadar mahkemece TİS’ nin 20. maddesinde yer alan ‘işten çıkarmada yukarıdaki sıraya uyulmadığı takdirde işçiye ihbar ve kıdem tazminatı işverence üç misli olarak ödenir.’ biçimindeki ibare kıdem ve ihbar tazminatı niteliğinde görülüp kıdem tazminatı yönünden tavan sınırı gözetilerek bir indirim yapılmış ve TİS’ nin anılan kuralı yanlış yorumlanmış ise de; anılan hüküm aslında cezai şart niteliğinde olduğu ve mahkemece sonucu itibariyle de ayrıca indirime de tabi tutulmuş olduğuna göre, davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile sonucu itibariyle doğru olan kararın ONANMASINA,...”¹⁰⁶

İş Kanununun 18. maddesi, belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanmak zorunda olduğunu belirterek işverenin süreli fesih hakkını birtakım sınırlamalara tabi tutmuştur. Sözleşme tarafları, işverenin fesih hakkını tamamen ortadan kaldırmayacak şekilde, iş güvencesi kapsamındaki işçilere uygulanacak geçerli fesih nedenlerini içerik ve usul yönünden sınırlandırabilirler. Bu bağlamda kanunda sayılan geçerli fesih nedenlerini somut olarak belirleyebilecekleri gibi işletme gerekleri ile işten çıkarmalarda öncelikle kıdemi az olanlara öncelik verileceğini toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırabilirler. Ancak iş güvencesine ilişkin hükümler, en az 30 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az 6 ay kıdemi olan belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler açısından uygulama alanı bulduğundan çalışan

¹⁰⁶ Yarg. 9HD., 6.11.1991T., 1991/11567E., 1991/13949K. (Mustafa Kılıçoğlu, **İş Kanunu Şerhi, Açıklamalar-Kararlar-İlgili Mevzuat**, Ankara 1999, s. 1048)

işçilerin yarısından çoğu iş güvencesi kapsamı dışında kalmaktadır. Dolayısıyla işverenin fesih hakkının sınırlandırılması iş güvencesi kapsamında olup olmamasına bakılmaksızın kural olarak tüm iş sözleşmelerinde uygulama alanı bulacak ancak mutlak emredici nitelikteki İş Kanunu m. 21/son hükmü karşısında iş güvencesi kapsamındaki sözleşmelerde bu sınırlandırmanın da dikkate alınması gerekecektir. Bu kapsam dışındaki sözleşmelerde taraflar feshin sonuçlarını herhangi bir sınırlandırmaya tabi olmaksızın serbestçe düzenleyebileceklerdir.¹⁰⁷

“Davacı, 4857 sayılı yasanın 18 - 21. maddelerinde düzenlenen iş güvencesi koşullarından yararlanabilecek durumdadır. Nitekim, davacı da işe iade davası açmış ve dava lehine sonuçlanmıştır. Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre, davacı iş güvencesinden yararlanma olanağı bulunduğu toplu iş sözleşmesinde düzenlenen cezai şarttan yararlanamaz. Toplu iş sözleşmesinin 50. maddesinde yer alan cezai şart isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”¹⁰⁸

4857 sayılı İş Kanununun 17/5. maddesinde işverene bildirim süresine ait ücret tutarındaki tazminatı peşin ödemek suretiyle iş sözleşmesini feshetme olanağı tanınmıştır. Taraflar bildirim sürelerini arttırabileceklerine göre, peşin ödeme suretiyle yapılacak fesihlerde de bildirim süresine ilişkin tazminat miktarını arttırabileceklerinin kabulü gerekir.¹⁰⁹

Yargıtay geçmişte verdiği bir kararında¹¹⁰ ihbar tazminatı miktarının sözleşmelerle arttırılamayacağı yönünde karar vermiştir. Yargıtay’ın bu kararı eleştirilmiştir. Yargıtay yeni tarihli bir başka kararında¹¹¹ ise, bildirim sürelerinin arttırıldığı toplu iş sözleşmesinde feshin tazminat ödenerek yapılması halinde kanuni sürelerin esas alınacağı yönündeki açık hükme

¹⁰⁷ Karagöz, a.g.e., s. 202

¹⁰⁸ Yarg. 9. HD., 21.11.2006T., 9775/30758 (Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, s. 783)

¹⁰⁹ Karagöz, a.g.e., s. 203

¹¹⁰ Yarg. 9HD., 12.1.1980T., E.1980/15645, K.1981/63 (Karagöz, a.g.e., s. 203 ve dipnot 52)

¹¹¹ Yarg. 9HD., 16.11.2000T., E.19899, K.16774 (Karagöz, a.g.e., s. 203 ve dipnot 53)

rağmen, tazminatlı fesihte arttırılan bildirim sürelerinin esas alınması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay bir başka kararında¹¹² ise, arttırılmış bildirim süreleri üzerinden ihbar tazminatı ödenmesini öngören toplu iş sözleşmesi hükmünün, sadece işveren yönünden uygulanabileceği, işçi yönünden geçersiz olduğu yönünde karar vermiştir. Görüldüğü üzere Yargıtay kararlarında bu konuda bir istikrar bulunmamakla birlikte, cezai şart miktarının belirlenmesinde ihbar tazminatının esas alınması durumunda,¹¹³ arttırılan bildirim sürelerine ilişkin tutarın dikkate alınmasının yerinde olacağı belirtilmektedir.

İşverenin fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler içinde toplu iş sözleşmesinde getirilen hükümle feshin disiplin kurulu kararına bağlı tutulması önemli bir yer tutar. Fesih için disiplin kurulu kararını öngören düzenlemeler hem bildirimli fesih hem de haklı nedenle fesih için öngörülebilir. Fesih için disiplin kurulu kararı öngören bu tür hükümlerle birlikte öngörülen prosedüre uyulmaması halinde uygulanmak üzere cezai şart ödeneceği kararlaştırılabilir. Fesih için disiplin kurulu kararının öngörülmesi halinde disiplin kurulu kararı alınması fesih için bir ön şart niteliği taşıdığından, buna aykırılık haline ilişkin bir yaptırımın öngörülmemesi halinde fesih haksız veya usulsüzdür.¹¹⁴

Taraflar toplu iş sözleşmelerinde disiplin kurulunun oluşumu ve işleyişine ilişkin hükümlere yer verebilirler. Ancak taraflar disiplin kurulunun işleyişine ilişkin olarak toplu iş sözleşmesi hükümleri yoluyla işverenin fesih hakkının tamamen veya dolaylı olarak ortadan kaldırılması mümkün değildir.¹¹⁵

¹¹² Yarg. 9HD., 30.04.2002T., E.2001/20615, K.2002/6928 (Karagöz, a.g.e., s.204 ve dipnot 56)

¹¹³ Karagöz, a.g.e., s. 204

¹¹⁴ **Kamu-İş** Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, s. 127

¹¹⁵ Yargıtay 9. HD, 20.2.1995T, E.1994/19247, K.1995/13581 sayılı kararında, disiplin kurulunun oybirliği ile karar almasını öngören toplu iş sözleşmesi hükmünü geçerli saymamış ve bu hükme uygun karar alınmadığı gerekçesiyle öngörülen cezai şarta hükmedilemeyeceğini karar altına almıştır. Yargıtay 9. HD, 4.11.1999T., E.1999/13721, K.1999/16726 sayılı kararında, disiplin kurulunun karar vermesinin belirli bir süreyle sınırlandırılmasına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmünü geçerli kabul etmemiştir. (Karagöz, a.g.e., s. 211, dipnot 95 ve 98)

Disiplin kurulu kararı alınması öngörüldüğü halde buna uyulmaması durumunda feshin nitelendirilmesi konusunda Yargıtay'ın görüşleri farklı yönlerde gelişme göstermiş olup bu kararlar arasında istikrar bulunmamaktadır. Yargıtay 1994 yılına kadar verdiği kararlarının büyük çoğunluğunda, işverenin iş sözleşmesini disiplin kuruluna başvurmaksızın veya disiplin kurulu kararının aksine feshetmesini, başlı başına haksız fesih teşkil etmeyeceği, mahkemenin inceleme yapmak suretiyle feshin haklı olup olmadığına karar vermesi gerektiği yönünde karar vermiştir.¹¹⁶ Kanaatimizce, toplu iş sözleşmesi hükmüne herhangi bir netice bağlamamak toplu iş sözleşmesi özerkliğine aykırılık teşkil edeceği gibi bu yöndeki sözleşme hükmünü de işlevsiz bırakacaktır. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1.6.1994T., E.1994/9-71, K.1994/381 sayılı kararında, işverenin fesih hakkının disiplin kurulu kararına bağlı tutulmak suretiyle sınırlandırılabilirliğini, feshin haklı olup olmadığının mahkeme tarafından denetlenmesi olanağı bulunmasının toplu sözleşme hükmünü göz ardı etmeyi haklı kılmayacağı, dolayısıyla toplu iş sözleşmesi hükmüne aykırı bir şekilde disiplin kurulu kararı olmaksızın iş sözleşmesinin feshinin, feshin haksız sayılması bakımından yeterli olduğuna karar vermiş olup bu görüşünü de devam ettirmektedir.¹¹⁷

“Davacı işçinin hizmet akdinin feshedildiği tarihte işyerinde uygulanmakta olan TİS’ nin 25/B maddesine göre uyarı hariç diğer bütün disiplin cezaları için işlemin disiplin kurulundan geçirilmesi gerekmektedir. Davalı işveren açısından sözleşmeyi haklı nedenle fesih halinin somut olayda gerçekleşmiş bulunmasına rağmen salt söz konusu sözleşme hükümlerinin yerine getirilmemesi feshi haksız hale getirir. Olayda fesih işlemi disiplin kurulundan geçirilmediğine göre davacı işçi için ihbar ve kıdem tazminatı

¹¹⁶ Yarg. 9. HD., 9.3.1984T., E.1984/2019, K.1984/2532, Yarg. HGK, 23.10.1987T., E.1987/9-612, K.1987/770 (Karagöz, a.g.e., s. 212, dipnot 100) ve aynı yönde daha fazla karar için bkz. Çelik, a.g.m., s. 229 ve dipnot 43

¹¹⁷ Karagöz, a.g.e., s. 212 ve dipnot 102 ve daha fazla karar için dipnot 103 ve aynı yönde bkz. Akyiğit, **4857 sayılı İş Kanunu Şerhi**, s. 773 vd

isteme koşulları oluşmuştur. O halde, karar istek doğrultusunda hüküm kurulması için bozulmalıdır.”¹¹⁸

“Davacı davalıya ait işyerinde hizmet akdi ile çalışırken sözleşmesi ekonomik imkansızlık ve istihdam fazlalığı sebebiyle 1475 sayılı İş Kanununun 13 - 14 ve 24. maddeleri uyarınca fesh olunmuştur. 13.9.1996 tarihli fesih yazısında ihbar tazminatının davacı adına bloke edildiği de ayrıca belirtilmiştir. Fesih tarihinde yürürlükte olan 1.3.1995-28.2.1997 dönemini kapsayan Toplu İş Sözleşmesinin 33. maddesinin ‘zorunlu çıkarma’ başlıklı ikinci bendinde işyerinin başka bölgeye nakli ve kapatılması, zorunlu işçi olarak nitelendirilmiştir. Davacının hizmet akdi bu iki sebepten değil ekonomik imkansızlık ve istihdam fazlalığı nedeniyle fesh olunmuştur. İşveren İş Kanununun 13. maddesine göre davacıyı tazminatlı olarak işten çıkarmıştır. Mer’i Toplu İş Sözleşmesinin 33/I-d maddesi uyarınca bu tür fesih ancak disiplin kurulu kararı ile gerçekleştirilebilecektir. İşverenin Toplu İş Sözleşmesinde yer alan tazminatlı fesih hakkını hatalı kullanarak sözleşme hükümlerine uymaması ve konuyu disiplin kuruluna götürmemesi anılan sözleşmenin 33/2-b maddesine göre işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmayacak şekilde ihbar ve kıdem tazminatının üç katı tutarında cezai şartla sorumlu tutulmasını gerektirir.

İş güvencesi getirmek amacıyla düzenlenen ve işverenin yönetim hakkını ortadan kaldırmayan bu cezai şart fahiş görüldüğünden Borçlar Kanununun 161/son maddesi uyarınca tenkise tabi tutulacağı da doğaldır. Öte yandan doğmadığı ileri sürülen bir hakkın ibrazı söz konusu olamayacağı gibi dosyada bulunan tarihsiz ibranamenin Toplu İş Sözleşmesinin 33/2-b maddesindeki cezai şartı kapsamaması sebebiyle BK’ nun 158/2.maddesi uyarınca bu hakkın saklı tutulması da gerekmez. Bu durumda sözleşmenin 33/2-b maddesindeki cezai şartın Borçlar Kanunu 161/son maddesi göz

¹¹⁸ Yarg. 9. HD., 31.05.1999, 7665/9472 (Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu şerhi, s. 776)

önünde bulundurularak hüküm altına alınması gerektiğinden yazılı şekilde bu talebin reddi hatalıdır.”¹¹⁹

Taraflar disiplin kuruluna ilişkin hükümlere aykırılık durumunda işçinin kanuni haklarının yanı sıra belirli bir tazminat veya cezai şart ödenmesini öngörebilirler. Yargıtay 9. HD, 14.11.1980 T., E.1980/6513, K.1980/1749 sayılı kararında, işverenin disiplin kuruluna başvurmaksızın iş sözleşmesini feshetmesi halinde toplu iş sözleşmesiyle öngörülen iki yıllık ücret tutarında tazminat ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹²⁰ Toplu iş sözleşmesiyle öngörülen tazminat veya cezai şartı işçinin talep edebilmesi için sözleşmenin disiplin kurulun ilişkin hükümlere aykırı olarak feshedilmesi yeterli olup ayrıca işverenin fesihte kötü niyetli olması aranmaz.

Doktrinde disiplin kurulunun oluşumuna ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümlerinin borç doğurucu, disiplin kurulunun işleyişine ve dolayısıyla iş sözleşmesinin feshinde disiplin kuruluna başvurulmasına ilişkin hükümlerin ise normatif nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşün neticesi olarak oluşuma ilişkin borç doğurucu nitelikte hükümler toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesiyle sone erecekken, işleyiş ve fesihte disiplin kuruluna başvurmayla ilişkin hükümler TİSGLK m. 6/3 gereğince iş sözleşmesi hükmü olarak devam edecektir. Ancak işverenin disiplin kurulu oluşturmak zorunda olmaması, iş sözleşmesini feshederken disiplin kuruluna başvurmak zorunda olması birbiriyle bağdaşır nitelikte olmadığından, işverenin disiplin kuruluna başvurma yükümlülüğünün toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu süreyle sınırlı olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinin süresinin bitiminden sonra işveren disiplin kurulu kararı olmadan iş sözleşmesini feshederse, bu durum için toplu iş sözleşmesi ile öngörülen cezai şartın ödenmesi talep edilemeyecektir.¹²¹

¹¹⁹ Yarg. 9. HD., 06.07.1998T., E.1998/9969 - K.1998/11770 (Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s. 1079)

¹²⁰ Karagöz, a.g.e., s. 213 ve dipnot 105

¹²¹ Karagöz, a.g.e., s. 213-214

“Davacı işçi davalıya ait işyerinde çalışmakta iken Belediye-İş Sendikasının tarafı olduğu 1.3.1994-28.2.1996 dönemini kapsayan Toplu İş Sözleşmesi sona erdikten sonra 2.6.1997 tarihinde sözleşmesi davalı işveren tarafından feshedilmiştir. Davacı işçi bu sözleşmenin 55. maddesinde öngörülen tazminat isteğinde bulunmuş mahkemece de ‘kötü niyet tazminatı’ adı altında istek gibi hüküm kurulmuş ise de, bu kabul şekli hatalıdır. Gerçekten anılan sözleşmenin 55/2. maddesinde ‘işçinin iş akdinin disiplin kurulu kararı olmadan işverence feshedilmesi, iş akdinin kötüye kullanılması anlamındadır. Bu gibi hallerde işçiye toplu sözleşme ve mevzuattan doğan hakları dışında 4(dört) aylık tam maaşları tutarında cezai şartı işverence ödenir.’ denilmektedir. Davacı fesih işleminin disiplin kurulundan geçirilmediği için bu maddeye göre istekte bulunmuştur.

Ancak 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 35. maddesinin sondan bir önceki cümlesinde ‘..... temsilcilerin görevi, sendikanın yetkisi süresince devam eder....’ biçimindedir. Toplu sözleşme tarafı sendika işyerinde yeni bir çoğunluğu sağlayamadığı için sözleşmenin bitimiyle birlikte yetkisi de son bulmuş bulunmaktadır. Gerçekten 22.9.1997 tarihinde imzalanan müteakip Toplu İş Sözleşmesi Hizmet-İş Sendikası ile yapılmıştır. Böyle olunca önceki Toplu İş Sözleşmesinin hitamından sonra artık Belediye-İş Sendikasının temsilcilerinden disiplin kurulunun oluşturulması düşünülemez. Bu ara dönemde disiplin kurulu işlerliğini kaybetmiş durumdadır. Bunun sonucu olarak da yukarıda sözü edilen 55. maddeye göre tazminat istenemez.

Son Toplu İş Sözleşmesine göre oluşan ücretler üzerinden kıdem tazminatı ile hak mahrumiyeti tazminatının hesaplanması hatalıdır. Çünkü davacının sözleşmesi Toplu İş Sözleşmesinin 1.3.1996 yürürlük başlangıcından sonra 22.9.1997 imza tarihinden önce 2.6.1996 tarihinde feshedilmiş ancak bu son sözleşmede sözleşmesi bu şekilde sona erdirilen işçinin Toplu İş Sözleşmesinden yararlanacağına dair özel bir hükme yer verilmiş değildir. Bu itibarla son dönem Toplu İş Sözleşmesi dikkate

alınmadan baz ücretler belirlenmeli ve istekler ona göre hüküm altına alınmalıdır.

1.3.1994-28.2.1996 süreli Toplu İş Sözleşmesinin 41. maddesinde öngörülen hak mahrumiyeti tazminatı bir nevi cezai şart niteliğindedir. Bu bakımdan Borçlar Kanununun 161/son maddesine göre bir değerlendirme yapılarak bu tazminatın fahiş olduğu sonucuna varılırsa tenkiset yoluna gidilmelidir.

..... »¹²²

“Davacı, davalı işverenin iş sözleşmesini Toplu İş Sözleşmesinin 40 ve geçici IV. maddelerine aykırı olarak feshettiğini belirterek, bu maddelerde öngörülen cezai şart niteliğindeki iş güvencesi tazminatının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Mahkemece; ‘davacının iş sözleşmesinin feshedildiğinin ertesi günü aynı işveren grubuna bağlı başka işyerinde işe başladığı, işsiz kalmadığı’ gerekçesi ile istek reddedilmiştir.

Taraflar arasında yürürlükte bulunan TİS’ nin 40. maddesinde düzenlenen tazminat cezai şart niteliğinde olup, zorunlu olmadıkça işten çıkarma yapılamayacağı, bu halde bile işverenin durumu sendikaya bildireceği, aksi halde tazminatın ödeneceği belirtilmiş, son fıkrasında da hangi hallerde bu tazminatın ödeneceği belirtilmiş, son fıkrasında da hangi hallerde bu tazminatın ödenmeyeceği kuralına yer verilmiştir. Somut olayda feshin zorunlu nedenlerle yapıldığı savunulmadığı gibi, işverence fesih konusunda sendikaya yapılmış bir bildirim de bulunmamaktadır. Maddi bu olgulara göre cezai şart niteliğindeki tazminatın koşulları gerçekleşmiştir. Davacının iş sözleşmesi haklı feshedilmediğinden ve davacı emekliliğe de hak kazanmamış olduğundan, tazminatın ödenmemesini öngören nedenler de yoktur. Davacının ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek iş sözleşmesi sona

¹²² Yarg. 9. HD., 05.11.1998T., E.1998/13247 - K.1998/15664 (Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s. 1077-1078)

erdirilmiştir. Ertesi günü bağlı bulunan bir işveren nezdinde işe başlaması yeni bir iş sözleşmesidir. Bu durum isteme konu tazminatın ödenmesini engellemez. Bir başka anlatımla TİS de düzenlenen tazminat, işçinin işsiz kalma koşuluna bağlanmamış ve zarar koşulunun gerçekleşmesi aranmamıştır. Taraflar arasında yürürlükte olan bu düzenleme işverenin fesih hakkının sınırlama amacına yönelik olup, geçerli bir kuraldır. İsteme konu tazminat Borçlar Kanununun 161/son maddesi uyarınca bir değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmelidir.”¹²³

“

Davalı işveren fesih nedeni olarak davacının işletme müdürü görevini ifa ederken promosyon suistimalini de göstermiştir. Gerçekten promosyon işinden dolayı işyerinde birtakım yolsuzlukların yapıldığı dosya içindeki raporlardan anlaşılmaktadır. Ancak, mahkemenin mütalaasına başvurduğu bilirkişi raporunda da vurgulandığı üzere davacının promosyon açığından sorumlu olup olamayacağı, sorumlu ise sorumluluğunun kapsamı konularında kesin bir yargıya varılamamaktadır. Bu sorunun çözümlenebilmesi için mali müşavir tarafından tutulan kayıtlar da dahil olmak üzere konuyla ilgili tüm defter ve belgeler içlerinde hukukçu, maliye ve muhasebe işlerinden anlayan üç kişilik bir bilirkişi kurulu aracılığı ile inceleme ve değerlendirme yapılarak hasıl olacak sonuca göre ihbar, kıdem ve haksız fesih tazminatı konularında bir karar verilmeli, şayet haksız fesih tazminatı hüküm altına alınacak olduğu takdirde bunun bir cezai şart niteliğinde olduğu da dikkate alınarak BK m. 161/son maddesine göre de bir değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır.

Temyiz olunan kararın yukarıda belirtilen nedenle bozulmasına....”¹²⁴

“Davacının istekleri arasında yer alan cezai şart ödemesi ferdi sözleşmenin 5. maddesinde fesih şartına bağlanmış ve işveren süresinden

¹²³ Yarg. 9HD., 5.7.2004 gün , 2004/18229E., 2004/16799K (Karar yayınlanmamıştır.)

¹²⁴ Yarg. 9. HD., 26.1.1988T., 1997/20375E.-1998/535K. (Ekinci,,**Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, s. 343-344)

evvel sözleşmeyi haksız feshettiğinde 400.000 liralık cezayı işçiye; işçi, süresinden önce haklı neden olmaksızın feshettiğinde, aynı miktar cezayı işverene herhangi bir ihtarla lüzum kalmaksızın ödeyecektir. Davada somutlaşan olayda ise sözleşme, süresinden evvel işçi tarafından aylık ücret ve bir kısım sosyal haklarının zamanında ödenmemesi sebebiyle bozulmuştur. Sözleşme işçi tarafından haklı olarak feshedildiğine göre işverene herhangi bir ceza ödemeyecek, fakat kendisi de işverenden bu maddeye dayanarak ceza isteğinde bulunmayacaktır. Sözleşmenin cezai şartı öngören maddenin az önce açıklanan şekilde anlaşılması ve buna göre davacı işçinin cezai şart isteğinin reddi gerekirken yanılıklı yorumla bu isteğin hüküm altına alınması hatalı olup, karar bu yönü ile bozulmalıdır.”¹²⁵

“Dosya içinde bulunan muhtelif tarihli tutanaklarda davacının 9.5.1994 ve 10 ile 13.5.1994 günlerinde işyerine gelmediği belirtilmiş ve yargılama sırasında dinlenen davalı tanıkları da tutanaklar içeriğini doğrulayacak şekilde anlatımlarda bulunmuşlardır. Davalı bu kanıtları çürütecek şekilde kanıt vermiş değildir. Bu durumda haklı nedene dayanmayan devamsızlık olgusunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Ferdi hizmet sözleşmesinde öngörülen cezai şart haklı bir nedenin bulunmaması halinde; işverence sözleşmenin feshi durumu ile ilgilidir. Somut olayda, işveren iş akdini 1475 sayılı İş Kanununun 17/II-f maddesi uyarınca haklı olarak feshettiğine göre, sözleşmedeki cezai şart kuralının uygulanması olanağı yoktur. Böyle olunca davanın reddine karar verilmelidir.”¹²⁶

“Aynı eylem sebebiyle iki ayrı cezai şartın hüküm altına alınması doğru değildir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 3/c ve 7. maddelerinde düzenlenen cezai şartların haksız fesih halinde istenebileceği hüküm altına alınmıştır. Davacının hizmet akdi haklı bir neden bulunmadığı halde işveren tarafından verilen eğitim sonucu 1 yıl süre geçmeden feshedildiğine göre sözleşmenin 7. maddesinde düzenlenen cezai şartın hüküm altına alınması

¹²⁵ Yarg. 9. HD., 10.9.1986T., E.6357 K.7837 (Osman Usta: **İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminatlar ve Uygulamaları**, s. 968-969)

¹²⁶ Yarg. 9. HD., 15.12.1995T., E.21362, K.35588 (Usta, a.g.e., s. 969)

ile yetinilmeli 3/c maddesine dayalı cezai şartın ise reddine karar verilmelidir.”¹²⁷

“Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı işçinin mevsimlik işçi olarak davalıya ait otel işyerinde çalışmakta iken hizmet sözleşmesinin işveren tarafından askıya alınmak istendiği davacının ise; buna karşı koyduğu böylece askı konusunda taraflar arasında uyum sağlanamaması üzerine sözleşmenin işveren tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır.

Davacı işçinin, açmış olduğu bu dava ile TİS’ nin 8/b maddesinde öngörülen haksız işten çıkarma tazminatının hüküm altına alınması istenmiş, mahkemece bu istek doğrultusunda hüküm kurulmuş ise de; anılan madde kapsamında fesih olgusuna yer verilmiştir. Bu durumda haksız işten çıkarma koşulları oluşmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”¹²⁸

IV. CEZAI ŞARTIN TARAFLARDAN HER İKİSİ VEYA YALNIZ BİRİSİ ALEYHİNE ÖNGÖRÜLMESİ DURUMU

A. Her İki Taraf İçin Getirilen Cezai Şart

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bugüne kadar vermiş olduğu kararlarında, her iki taraf için de cezai şart öngören sözleşme hükmünün geçerliliği konusunda hiçbir tereddüt göstermemiş, ancak işçi aleyhinde tek taraflı olarak kararlaştırılan cezai şartın geçerli sayılmasını mümkün görmemiştir. Ancak Yargıtay her iki taraf için de cezai şart öngörülmüş olmakla birlikte miktarlar arasında işçi aleyhine eşitsizlik olması durumunda, düşük olan miktarın işçi bakımından da geçerli olması gerektiğine hükmetmektedir.¹²⁹

¹²⁷ Yarg. 9. HD., 9.11.1999T., E.1999/13768, K.1999/16929 (Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s. 1065)

¹²⁸ Yarg. 9. HD., 19.02.1997T., E.1996/19748 - K.1997/2744 (Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s. 1083)

¹²⁹ Yarg. 9HD., 26.3.1997T., E.1996/22867, K.1997/6102 (Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 653, dipnot 304)

MOLLAMAHMUTOĞLU, bu durumda işçi için cezai şartın geçersiz kabul edilmesi gerektiği görüşündedir.¹³⁰

İki taraf için de cezai şart kararlaştırılmış olması halinde, işçinin tek taraflı haksızlığa uğramayacağı ve sözleşme tarafları arasında ölçülü bir denge kuracağı düşünülmektedir. Ancak iki taraf için de cezai şart öngörülmüş olması, işçiye sadece sözleşme bağlamında bir eşitlik sağlar. İşveren aleyhine de cezai şart kararlaştırılmış olması halinde, işveren aleyhine ortaya çıkması muhtemel zararlar, borçlu olarak işçiye tehdit eden, işçi açısından doğması muhtemel zararlar yanında çok sınırlıdır. Dolayısıyla karşılıklı olarak cezai şart kararlaştırılmış olması halinde dahi, sözleşme eşitliği işçi aleyhine bozulduğundan ve cezai şarta bağlanan sözleşmeye aykırılık halleri her iki taraf yönünden farklı belirlendiğinden işçi ve işveren arasında denklik olduğunu söylemek kolay değildir.¹³¹

“Taraflar arasında düzenlenen bir yıl süreli hizmet sözleşmesinin özel şartlar bölümünün 2. maddesine göre davalı öğretmenin sözleşmeyi süresinden önce feshetmesi halinde 50.000.000 TL (ellimilyon Türk lirası) davacı Eğitim vakfının feshetmesi halinde ise 10.000.000 TL (onmilyon Türk lirası) cezai şart öngörülmüş olup bunlar arasında denklik bulunmamaktadır. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre sadece işçi aleyhine öngörülmüş cezai şart geçersizdir. Somut olayda olduğu gibi işçinin aleyhine olarak daha fazla miktarda cezai şart öngörülmüş olması halinde daha düşük olan işveren aleyhindeki cezai şartın göz önünde tutularak hüküm kurulması gerekir. Bu esasa aykırı şekilde işçi aleyhindeki cezai şart miktarına göre yazılı şekilde isteğin hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”¹³²

“Taraflar arasında düzenlenmiş olan hizmet sözleşmesinin 8. maddesinde ‘.....personel sözleşmesinin bitim tarihinden önce işveren

¹³⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 654

¹³¹ Karagöz, a.g.e., s. 81- 82

¹³² Yarg. 9. HD., 26.3.1997T., E.1996/22867, K.1997/6102 (Cevdet İlhan Günay, **İş Hukuku Yeni İş Yasaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 481, dipnot 163)

tarafından kabul edilen bir mazereti olmaksızın işi bıraktığı takdirde işverenin yasal hakları dışında işi bıraktığı aydaki dört brüt maaşı tutarında tazminat ödemeyi peşinen kabul eder. Haklı bir neden olmadan personelin işine son verildiği takdirde işveren tarafından da personelin yasal hakları dışında iş aktinin feshedildiği aydaki dört brüt maaşı tutarında tazminat ödenecektir....' şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Görüldüğü üzere aktin işçi tarafından feshi, işveren tarafından kabul edilebilir bir mazerete tabi tutulurken, sözleşmenin bitim tarihinden önce haklı bir neden olmadan personelin işine işveren tarafından son verilmiş olması gibi bir düzenleme, cezai şartın oluşumunda işçi ve işveren arasında denklik - eşitlik ilkesi dikkate alınmamış, işçi aleyhine işveren lehine kurallar öngörülmüş olduğundan cezai şartın geçerli olduğu kabul edilemez. Böyle olunca bu istek reddedilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir."¹³³

B. Taraflardan Birisi İçin Cezai Şartın Getirilmesi Sorunu

Cezai şarta ilişkin olarak İş hukuku mevzuatında herhangi bir hüküm bulunmaması nedeniyle Yargıtay kararları bu konuda belirleyici ve etkili olmaktadır. Hukukumuzda, iş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılmasına ilişkin görüşler; sözleşmenin her iki tarafı için de öngörülmedikçe işçi aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştırılamayacağı, belirli süreli iş sözleşmelerinde işçi aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştırılabileceği ve eğitim giderlerinin cezai şart ile güvence altına alınabileceğine ilişkindir.

Hukukumuzda özellikle de belirli süreli iş sözleşmelerinde öngörülen cezai şart açısından tek taraflı bir düzenlemenin söz konusu olmayacağı ve sadece işçi aleyhine öngörülen cezai şartın geçerli olduğu ifade edilmektedir. İş sözleşmesinde sadece işçi aleyhine cezai şart öngörülmesi halinde cezai şartın geçerliliği konusunda ortaya atılan görüşlere bakacak olursak;

OĞUZMAN, sadece işçi aleyhine cezai şart öngörülmesi durumunda tek taraflı olmaktan ve karşılıklı olmamaktan söz edilemeyeceğini, nitekim

¹³³ Yarg. 9. HD., 21.6.2004T., E.2004/3403 - K.2004/15414 (Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s. 1044-1045)

belirli süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından süresinden önce feshi durumunda işverenin BK m. 325 gereğince bakiye süreye ilişkin ücreti tutarında tazminat ödemek durumunda olduğunu, bu anlamda BK m. 325' in işçi yararına cezai şart fonksiyonu ifade ettiğini, bu nedenle ayrıca işveren aleyhine de cezai şart öngörülmesine gerek duyulmamış olabileceğini, geri kalan süreye ilişkin ücret belirlenirken, tıpkı fahiş cezai şartın indirilmesinde olduğu gibi, işçinin başka işten elde ettiği veya iyi niyet kurallarına aykırı olarak elde etmekten kaçındığı miktarın indirilmesinin de söz konusu olduğunu belirtmekte ve bu görüş başka birtakım yazarlarca da destek bulunmaktadır.¹³⁴

SOYER ve ŞAHLANAN da benzer görüşte olup SOYER, iş sözleşmesinin feshinde işçiye BK m. 325 gereğince ödenecek bakiye süreye ilişkin ücret ile işçi aleyhine öngörülen tek taraflı cezai şart miktarı arasında denge kurulması, cezai şart miktarının bakiye süreye ilişkin ücret miktarını aşmaması gerektiği görüşündedir. Ayrıca aynı yazar, eğitim giderlerine karşılık olarak işçi aleyhine tek taraflı olarak cezai şart kararlaştırılabileceği görüşündedir.¹³⁵

SÜZEK, CENTEL, KUTAL, ARICI VE ÇELİK, eğitim giderlerinin söz konusu olması halinde tek taraflı cezai şart kararlaştırılabileceğini, bunun dışında işçi aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştırılamayacağı, iki taraflı olarak öngörülmesi zorunluluğu yönündeki Yargıtay uygulamasının yerinde olduğu görüşündedirler.¹³⁶

MOLLAMAHMUTOĞLU, belirsiz süreli iş sözleşmesinde işçi aleyhine cezai şart öngörülemediği, belirli süreli iş sözleşmelerinde ise, her iki taraf için de öngörülmesi gerektiği, tek taraflı öngörülen cezai şartın geçersiz olduğu görüşündedir.¹³⁷

¹³⁴ Karagöz, a.g.e., s. 94 ve diğer yazarlar konusunda bkz aynı sayfa dipnot 95

¹³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Soyer, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 368 vd

¹³⁶ Karagöz, a.g.e., s. 94 ve 95

¹³⁷ Karagöz, a.g.e., s. 95

Yargıtay kural olarak tek taraflı işçi aleyhine öngörülen cezai şartın geçersiz olduğu, iş sözleşmesinde öngörülen cezai şartın geçerliliğinin her iki taraf için de öngörülmüş olmasına bağlı olduğu görüşündedir. Yargıtay'ın söz konusu uygulaması işveren karşısında işçinin daha kötü bir konuma düşürülmesinin engellenmesi bakımından yerinde görülebilmekle birlikte, iş mevzuatında iş sözleşmesinde işçi aleyhine tek taraflı olarak cezai şart öngörülmesine engel bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla kural olarak cezai şartın geçerliliğinin işçi ve işveren için de öngörülmüş olması şartına bağlı tutulması, çalışma hayatının gereklerinin göz ardı edilmesi sonucunu doğuracaktır. Özellikle cezai şartın sözleşmenin süresinden önce haksız feshi durumu için öngörülmesi halinde iş güvencesi hükümlerinin yanında BK m. 325 hükmü de işçiye bakiye süreye ilişkin talep imkanı getirdiği halde işveren sadece genel hükümler çerçevesinde BK m. 96 çerçevesinde tazminat imkanına sahiptir. Dolayısıyla kanaatimizce bu gibi durumlarda sadece işveren lehine cezai şart kararlaştırılmasının somut olayın özellikleri dikkate alınmaksızın geçersiz addedilmesi pratik ihtiyaçlara ve mevcut hükümlere uygun düşmez. Öte yandan iş sözleşmesinde cezai şartın iki taraflı öngörülmesinin de işçi aleyhine haksız sonuçlar doğurması mümkündür. Bu nedenle cezai şartın geçerliliğinin tek taraflı veya iki taraflı olmasına bağlanması yerine belli esaslar ve İş hukukunun özel niteliği de dikkate alınmak suretiyle hakim tarafından somut uyuşmazlıklarda cezai şartın denetlenmesinin sağlanması en uygun çözüm tarzı olacaktır.

Sözleşmede tek taraflı cezai şart kararlaştırılması, sadece işçinin sözleşmeyi fesih hakkının tek taraflı olarak ve aşırı şekilde sınırlandırıldığı anlamına gelmez. İşçinin iş sözleşmesini fesih hakkı tek taraflı olarak ve aşırı ölçüde cezai şart yoluyla ağırlaştırılamaz. Belirli süreli iş sözleşmesinin feshi açısından işçi aleyhine cezai şart kararlaştırılmış olması tek taraflı olarak fesih hakkının sınırlandırılması anlamına gelmemelidir. Ancak belirli süreli iş sözleşmesini işçinin sadece haklı nedenlerle, işverenin ise bildirim sürelerine uyarak her zaman feshedebileceği ve buna aykırılık halinde işçinin işverene

cezai şart ödeyeceği yönündeki bir kararlaştırma, tek taraflı olarak işçinin fesih imkanını sınırlandırdığından geçersizdir.¹³⁸

“Taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinin 2. maddesinin (B) bendinde ‘deneme süresi bir ay olup bu süre içerisinde taraflar hizmet akdini ihbarsız ve tazminatsız olarak feshedebilirler’ hükmü konulmuştur. Sözleşmeye ekli tutanaktan, hizmet akdinin 12.02.1995 tarihinde imzalandığı anlaşılmaktadır. Akit ise 21.02.1995 günü bir aylık deneme süresi geçmeden sona erdirilmiştir. Bu nedenle davacının isteği yerinde değildir. Öte yandan, davaya dayanak yapılan hizmet sözleşmesinin 2-k maddesinde düzenlenen cezai şart tek taraflı ve işçi aleyhinedir. Bu nedenle Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre bu tür cezai şart kuralı geçersizdir. O halde karar bozulmalıdır.”¹³⁹

Yargıtay 9. HD, yalnızca işveren aleyhine, işçi lehine konulan cezai şartın ise geçerli olacağına karar vermiş, bu kararda İş hukukunun işçiyi koruyucu motiflerine yer vermiştir.

“Davacıların miras bırakan ile davalı şirketin arasında 01.06.1991 başlangıç tarihli 5 yıllık bir iş sözleşmesi akdedilmiştir. Bu sözleşme davalı tarafça herhangi bir sebep olmadığı halde 28.02.1994 tarihinde feshedilmiştir. Daha sonra davacılar murisi 17.11.1994 tarihinde vefat etmiş bulunmaktadır. Davacılar sözleşmenin bu şekilde feshi sebebi ile sözleşmede öngörülen cezai şartın ödenmesini istemişlerdir. Mahkeme sözleşmedeki cezai şart hükmünün tek taraflı olduğundan bahisle bu istemi reddetmiş bulunmaktadır. Dairemizin kararlılık kazanmış içtihadına göre işçi aleyhine olan tek taraflı cezai şart geçerli sayılmaz. Oysa somut olayda öngörülen cezai şart işçi lehinedir. Koşulları bulunduğu takdirde uygulanması gerekir. Mahkemece yapılacak iş davacıların miras bırakanlarının iş akdinin fesih tarihi ile ölüm

¹³⁸ Karagöz, s. 256

¹³⁹ Yarg. 9. HD., 24.4.1996T., 1995/35258E., 1996/9448K. (Mustafa Kılıçoğlu, **İş Kanunu Şerhi, Açıklamalar-Kararlar-İlgili Mevzuat**, Ankara 1999, s. 1046)

tarihi arasındaki süre göz önünde tutulmak suretiyle BK 161/son maddesinin de dikkate alınarak cezai şart hakkında bir hüküm kurulmaktan ibarettir.”¹⁴⁰

Yargıtay, başlangıçta, işçi aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştırılamayacağı yönündeki görüşünü, eğitim giderlerinin geri ödenmesine ilişkin cezai şart açısından da sürdürmüşken, daha sonraki tarihli kararlarında eğitim giderleri karşılığında cezai şart kararlaştırılabileceğini karar altına almıştır.¹⁴¹

Teknolojik gelişmeler, nitelikli elemanlara olan talebi arttırdığından işverenler nitelikli işçi istihdam etmenin yanı sıra mevcut işçilerinin eğitilmesi, mesleki gelişiminin sağlanması yoluna müracaat etmektedir. Uzmanlık eğitiminin maddi boyutlarının yüksek olması nedeniyle de eğitim giderleri genel olarak ekonomik açıdan güçlü işveren tarafından karşılanmakta, bu durumda işveren de büyük masraf yaptığı işçisinden bazı yararlar elde etmek istemekte ve onun eğitim sonrası başka işyerine veya işletmelere gitmesinin önüne geçmek istemektedir. Bu anlamda uygulamada, ilk olarak cezai şart kararlaştırmak suretiyle işçinin fesih hakkı sınırlandırılmakta ve böylece işçi işyerine bağlanmaktadır, ikinci olarak da iş sözleşmesinin feshi halinde işçi için yapılan eğitim giderlerinin işverene geri ödeneceği kararlaştırılmaktadır.

İşçinin fesih imkanının sınırlandırılması, uzun süreli bir iş sözleşmesi yapılarak ya da bildirim sürelerinin arttırılması suretiyle sağlanabilir. Ancak bu iki durumda da, işveren de işçisiyle aynı şartlara bağlı olacağından bu tür kararlaştırmalar her zaman işverenin istediği sonuçları doğurmaz. Bu nedenle uygulamada daha ziyade, işverenin belirli bir eğitimi finanse etmesine karşılık işçi, belirli bir tarihten önce iş sözleşmesini feshettiği takdirde, eğitim giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeyi taahhüt

¹⁴⁰ Yarg. 9. HD., 09.04.1997T., 1997/1353E.-1997/7120K (Mustafa Kılıçoğlu, **4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Öğreti-Yargıtay Kararları Federal Mahkeme Kararları Açıklama ve Yorum, 2005**, Ankara, s. 766)

¹⁴¹ Yarg. 9.HD., 29.3.2000, E.507, K.4100 (Başbuğ, a.g.m., s. 246, dipnot 31 ve M. Polat Soyer : “Karar İncelemesi”, **Çimento İşveren**, Eylül 2000, s. 19-25)

etmektedir. Böylece işveren, işçiyi işyerine bağlamak suretiyle işgörme borcunu ifa etmesini sağlamaktadır.¹⁴²

İş sözleşmesinde düzenlenen geri ödeme kayıtları, bazen sözleşmede açıkça ifade edilmemekle birlikte cezai şart olarak nitelendirilebilir. Bu halde, sözleşmenin feshi halinde ödenen eğitim masraflarının geri alınması ise ikinci planda kalmaktadır. Açıklık olmayan durumlarda cezai şart olarak kabul edilen geri ödeme kayıtları, böylece aşırılığı halinde hakim tarafından tenkise tabi tutulacaktır.

“Davacı işveren, taraflar arasında düzenlenmiş olan yazılı hizmet akdinin, ‘Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi’ başlığı altında yer alan ‘Personel, özel bir eğitimden geçirileceğinden her ne suretle olursa olsun iki yıl tam olarak dolmadan işten ayrıldığı veya hizmet sözleşmesi İş Kanunu’nun işverenin bildirimsiz feshini düzenleyen 17/II. maddesi gereğince feshi halinde üretime doğrudan katılmaksızın öğrenmekle geçirdiği staj süresince kendisine ödenen aylık, ikramiye v.s. eklentilerine karşılık olarak 300.000.000 TL’ sini çalıştığı süre ile orantı yapılmaksızın, tam olarak itirazsız ödemeyi beyan ve taahhüt eder’ biçimindeki kurala dayanarak istekte bulunmuştur.

Mahkemece sözü edilen kuralın tek taraflı yani sadece işveren yararına olmak üzere düzenlenmiş bir cezai şart niteliğinde olduğuna işaret edilerek, isteğin reddine karar verilmiştir.

Davalı işçinin davacıya ait işyerinde 6 - 7 ay kadar çalıştıktan sonra istifa ettiği tartışmasız olduğu gibi,davalı işçi yararına öngörülmüş yukarıdaki hükme benzer bir düzenlemenin sözleşmede yer almadığı görülmektedir.

Söz konusu hüküm içeriğinde işçinin özel eğitime tabi tutulacağı, bunun için iki yıl çalışma zorunluluğu öngörüldüğü açıklanmaktadır. Dairemizce sadece işveren yararına yer verilen cezai şartın kural olarak

¹⁴² Karagöz,a.g.e., s. 218-219

geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Ancak, söz konusu düzenleme belli bir nedene bağlı olarak cezai şartın öngörüldüğünü belirtmektedir ki, bu tür özel haller söz konusu olduğu zaman cezai şartın tek taraflı olmasının sonuca etkili olmadığı düşünülmektedir. Gerçekten işveren büyük masraflar yaparak işçiyi yurtiçinde ya da yurtdışında eğitime ya da bursa tabi tutmuş, yani onu yetiştirmiş ise işverenin belli bir süre işçiyi işyerinde çalıştırmaya mecbur tutması haklı görülmelidir.

Somut olayda cezai şart böyle bir nedenle konulmuş bulunduğu göre, salt tek taraflı olması sonucu onun geçersizliğinin kabulü hakkaniyet ve adalet ilkeleri ile bağdaşmaz. Şayet düzenlemede belirtildiği gibi davalı eğitime tabi tutulmuş ise bu cezai şartın geçersizliği kabul edilemez. Bunun için de mahkemece eğitime tabi tutulup tutulmadığı araştırılmalı ve inceleme konusu yapılmalı, eğitime tabi tutulmadığı takdirde şimdiki gibi davanın reddine, aksi halde istek doğrultusunda konu incelenerek, hüküm kurulmalıdır. Öğretide de, böyle bir ayırım yapılmasının doğru olacağı görüşü benimsenmektedir. Yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”¹⁴³

Yargıtay, yukarıda yer verdiğimiz kararındaki sözleşme kaydını cezai şart olarak nitelendirmişken, kimi kararlarında da, eğitim giderleri ile cezai şart arasında ayırım yapmakta, cezai şartı tek taraflı olduğu gerekçesiyle geçersiz kabul etmekte, ancak eğitim giderlerinin geri ödenmesi gerektiğine hükmetmektedir. Ancak her iki durumun da işverene sağladığı menfaat aynı olduğundan, eğitim giderlerinin geri ödeneceğine ilişkin sözleşme kaydı ile eğitim giderleri tutarının cezai şart olarak işverene ödeneceğine ilişkin sözleşme kaydı arasında bir fark bulunmamaktadır. Çünkü her ikisinde de işveren, işçinin süresinden önce iş sözleşmesini feshetmesini engellemek suretiyle işyerine bağlanmasını sağlamaktadır.¹⁴⁴

¹⁴³ Yarg. 9. HD., 29.03.2000T., 507/4100 (Akyiğit, **İş Kanunu Şerhi**, 2008, s. 775-776)

¹⁴⁴ Karagöz, a.g.e., s. 220

Eğitim giderlerinin geri ödeme kayıtları ve cezai şartla güvence altına alınması, uygulamada genelde belirli süreli iş sözleşmelerinde olmakla birlikte, iş sözleşmesinin belirli süreli olması şart değildir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinde kararlaştırılan ve belirli bir süre işçinin sözleşmeyi haklı nedenler dışında feshedemeyeceği şeklindeki hükümleri, eğitim giderleri karşılığında asgari çalışma taahhüdü olarak kabul etmek ve cezai şarta ilişkin hükmün geçerliliğini kabul etmek gerekir. Eğitim giderlerinin söz konusu olmaması halinde ise, bu tür bir süre işçinin fesih hakkının tek tarafı olarak ağırlaştırılması anlamına gelir.¹⁴⁵

Burada söz konusu olan eğitim, meslek içi eğitim olup, 3308 sayılı Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanunu gereğince, çırağın eğitim giderlerinin işletme veya işveren tarafından karşılanması gerektiğinden, bu masrafların geri istenmesi veya bunlar için cezai şart kararlaştırılması mümkün değildir.

Eğitim giderlerinin geri ödenmesi, cezai şart öngörmek suretiyle güvence altına alınabileceği gibi, geri ödeme kayıtlarıyla birlikte ayrıca cezai şart da kararlaştırılabilir. Eğitim giderleri haricinde, ayrıca cezai şart veya giderlerin üstünde bir miktarın cezai şart olarak kararlaştırılmasını da kabul etmek gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴⁶

Eğitim giderlerinin geri ödenmesinin talep edilebilmesi için, eğitimden önce açıkça kararlaştırılmış ve sözleşmede öngörülmüş olması gerekmektedir. Ancak işçi eğitime katılmadan önce iş sözleşmesini feshettiği takdirde, geri ödeme kayıtları veya cezai şartın da eğitim gideri söz konusu olması sebebiyle geçersiz kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁴⁷ Yargıtay bir kararında geri ödeme yükümlülüğünün sözleşmede öngörülmüş olması gerektiğine şu şekilde değinmiştir: "...Belirtmek gerekir ki, taraflar arasında

¹⁴⁵ Gülsevil Alpagut: **Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2001**, Ankara 2003, s. 93-94

¹⁴⁶ Karagöz, a.g.e., s. 220, Aksi görüş için bkz. Soyer, "Cezai Şartın Geçerliliği", s. 376, 'Şu noktayı da gözden kaçırmamak gerekir ki, burada cezai şart adı altında, eğitim giderlerinin iade edilmesini sağlamak amacı izlendiği için, işveren en çok yaptığı masraflar kadar bir paranın ödenmesini talep edebilir.'

¹⁴⁷ Yarg. 9. HD., 13.03.1995T., E.1995/18034, K.1995/7861 (Karagöz, a.g.e., s. 222, dipnot 141)

yazılı bir sözleşme bulunmadığı gibi işçinin bu konuda bir taahhüdü de söz konusu değildir. Bir başka anlatımla bu tür masrafların hizmet akdinin işçi tarafından feshi halinde işverene ödenmesini öngören bir dayanak mevcut değildir....”¹⁴⁸

Kaide olarak, işverenin eğitim için üzerine almış olduğu tüm giderler geri ödeme yükümlülüğü kapsamı içerisine girer. Yargıtay, eğitmenlere ve eğitim şirketine yapılan ödemelerin geri ödeme kayıtlarına konu olabileceğini ancak bu esnada işçiye ödenen ücretlerin geri ödenmesinin istenemeyeceği görüşündedir.¹⁴⁹ Yargıtay bir başka kararında ise, eğitim esnasında çalışmadığı halde işçiye ücret ödenmesi ve bu ücretin de geri ödeneceğine ilişkin sözleşmede açık hüküm kararlaştırılması halinde dahi, bu ücretin geri ödeme kayıtları içerisinde yer alamayacağına karar vermiş, kararın gerekçesini de, 1475 sayılı Kanunun, işçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya başka şekillerde meşgul edilmesi halinde bu sürelerin iş süresinden sayılacağına ilişkin hükme dayandırarak eğitim süresinin iş süresinden sayılması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁵⁰

Geri ödeme kayıtları veya cezai şartla işçinin iş sözleşmesini feshi hakkı dolaylı olarak sınırlandırıldığından ve işyerini serbestçe seçme hakkına müdahale söz konusu olduğundan bu kayıtların geçerliliği bakımından somut olayda haklı nedenlerin, işverenin haklı menfaatlerinin bulunup bulunmadığı iyice araştırılmalıdır. Geri ödenmesi kararlaştırılan miktar, hakkaniyete uygun ve katlanabilir olmalı, İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği ve emredici hükümleri nazara alınmalıdır.¹⁵¹

Eğitim giderlerinin geri ödenmesine ilişkin kayıtlar, genelde 3 durum için kararlaştırılmakta olup, bunlar iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi, eğitimin yarıda bırakılması ve eğitim sonrası yapılan bitirme sınavında işçinin

¹⁴⁸ Karagöz, a.g.e., s. 222

¹⁴⁹ Yarg. 9HD., 19.09.2001T., E.2001/10099, K.2001/14114 (Çimento İşveren , Kasım 2001, s. 49)

¹⁵⁰ Yarg. 9HD., 16.4.2001T., E.2001/1800, K.2001/6392 (Ercan Akyiğit: **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları**, C. I ,İstanbul ,Seçkin Yayıncılık,2003, s. 939-940)

¹⁵¹ Karagöz,a.g.e., s. 224-225

başarısız olması olup, esas itibariyle de işçinin iş sözleşmesini süresinden önce feshetmesini önlemek amacıyla kararlaştırılmaktadır. Ancak bu tür kayıtlar işçinin iş sözleşmesini hiçbir zaman feshedemeyeceği anlamına gelmez. Bu tür kayıtlar, 'her ne sebeple olursa olsun iş sözleşmesinin feshi' hali için öngörülse bile, işçinin haklı sebeplerle iş sözleşmesini fesih hakkını sınırlandırmaları mümkün değildir.¹⁵²

İşçi, sözleşmeyi süresinden önce işverenden kaynaklanan nedenlerle feshetmişse, artık eğitim giderlerinin ödenmesi zorunluluğu yoktur.¹⁵³ İşçi, sadece iş sözleşmesinin sebepsiz olarak veya işverenin kusurlu sayılamayacağı sebeplerle feshetmesi halinde, eğitim giderlerini veya cezai şartı ödemekle yükümlüdür.¹⁵⁴ Yargıtay da aynı görüştedir.¹⁵⁵

İş sözleşmesi, işverence bağlanma süresi içerisinde, işletmeye bağlı nedenlerle feshedilirse, işçiden eğitim giderlerinin ödenmesi talep edilemez.¹⁵⁶ İşveren işçinin kusurlu davranışı nedeniyle haklı nedenlerle iş sözleşmesini feshetmişse, sözleşmede feshin niteliği hususunda açık bir hüküm olmasa bile, eğitim giderlerinin ödenmesi istenebilecekken, iş sözleşmesi işverence işçinin kusuruna bağlı olmayan haklı sebeplerle feshedilmiş ise, bu durumda geri ödenme kayıtları veya cezai şartın geçersiz olduğunu kabul etmek gerekecektir.¹⁵⁷

"Davalı işçinin 8 gün süreyle davacı banka tarafından kursa tabi tutulduğu ve karşılığında 154.470983 TL harcama yapıldığı dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Davalı işçi sözleşmede öngörülen 30 aylık çalışma süresi dolmadan istifa ederek ayrılmış ve davacı banka ise hizmet akti hükmüne dayanarak bu kurs giderlerini talep etmiştir. Mahkemece isteğin kabulüne karar verilmiş ise de, davalı işçinin 30 ay olarak öngörülen sürenin 17,5 ayında çalıştığı anlaşıldığına göre çalışılan süreye karşılık gelen

¹⁵² M. Polat SOYER, "Karar İncelemesi", s. 23; Süzek, a.g.m., s. 92; Karagöz, a.g.e., s. 34

¹⁵³ Süzek, a.g.m., s. 91-92

¹⁵⁴ Soyer, **Cezai Şartın Geçerliliği**, s. 379

¹⁵⁵ Yarg. 9. HD., 29.3.2004T, E.2003/17487, K.2004/6215 (Karagöz, a.g.e., s. 234, dipnot 203)

¹⁵⁶ Soyer, **Cezai Şartın Geçerliliği**, s. 379

¹⁵⁷ Yarg. 9. HD., 9.11.1999T, E.1999/13768, K.1999/16929, Karagöz, a.g.e., s. 235 ve dipnot 208

kurs giderinin indirilmesi suretiyle sonuca gidilmesi gerekirken, eğitim giderinin tamamının hüküm altına alınması hatalıdır.

Davacı banka tarafından kurs süresinde davalı işçiye ödenen ücretler de talep edilmiş ve mahkemece bu isteğin de kabulüne karar verilmiştir. Ne var ki verilen eğitim süresince hizmet ilişkisi devam ettiğine ve davalı işçi işverene bağlı olarak görev yaptığına göre bu ücretlerin geri istenmesi mümkün değildir. Mahkemece kurs dönemi ücreti ile ilgili isteğin reddine karar verilmelidir.

Hizmet sözleşmesinin 4 ve 5. maddelerinde işçi ve işveren yararına olarak getirilen cezai şart ile ilgili hükümlerde işçi aleyhine bir düzenleme söz konusudur. Gerçekten davacı işçi sözleşmeyi 30 aylık süre tamamlanmadan fesh ettiği takdirde, davalı işverene son ücreti üzerinden çalışılmayan bakiye süre için cezai şart öngörülmüşken, davalı işverenin aynı şekilde fesih yoluna gitmesi halinde sadece üç aylık ücretle sınırlı bir cezai şart getirilmiş ayrıca işçinin performans göstermemesi gibi muğlak bir düzenlemeyle bu cezai şarttan kurtulma olanağı tanınmış bulunmaktadır. Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre işçi ve işveren yararına öngörülmüş cezai şart ile ilgili düzenlemelerde denklik mevcut değilse, bir başka anlatımla işçi aleyhine daha ağır bir cezai şart söz konusu ise işçinin sorumluluğu, işverenin sorumluluğundan daha ağır olamaz. Somut olay bakımından işçi sorumlu tutulduğu takdirde işverenin sorumluluğu gibi üç aylık ücretle sınırlı olması gerekir. Ancak ayrıca performans koşulu da getirilmek suretiyle işçinin bir yandan sorumluluğu öngörülürken işverenin sorumlu olamayacağı ihtimalleri de bulunduğu için, bu şekilde yapılan cezai şart düzenlemesinin geçersiz olduğu sonucuna varılmalıdır. Böyle olunca davacı bankanın bu isteği reddedilmelidir.”¹⁵⁸

“Mahkemece, hükme dayanak yapılan taahhütname içeriğine göre davalı, Fransa’daki çalışmalarının bittiği tarihten itibaren davacı şirketin

¹⁵⁸ Yarg. 9. HD., 7.5.2002T., E.2002/2161, K.2002/7195 (Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s. 1048-1049-1050)

Türkiye’deki işyerlerinde en az 1 yıl çalışmayı taahhüt etmiştir. Bu taahhüdünü ihlal etmesi halinde cezai şart kararlaştırılmış olup, davalı henüz Fransa’ya gitmeden iş aktini feshettiğine göre taahhütnamede söz konusu edilen cezai şartın olayda uygulama olanağı yoktur. Hal böyle olunca cezai şart isteğinin reddine karar verilmelidir.”¹⁵⁹

V. İŞ HUKUKUNDA CEZAI ŞARTIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Cezai şartın hüküm ve sonuçları cezai şartın geçerli olup olmamasına göre farklı şekilde ortaya çıkabilmektedir.

1. Cezai Şartın Geçerliliği Halinde

a. Genel Olarak

Sözleşme serbestisine ve hukuka uygun olarak konulan cezai şart hukuken geçerli olup işveren yönünden cezai şart öngörülen durum ortaya çıkar bir başka deyimle asıl borç sözleşmeye uygun olarak ifa edilmez veya ihlal edilir ise işveren cezai şart ödemekle yükümlüdür.

İş sözleşmelerinde kararlaştırılan cezai şartın hüküm ve sonuç doğurabilmesi için akdi ilişkinin kurulması yeterli olup ayrıca fiili iş ilişkisinin kurulması zorunlu değildir. Bu durum Yargıtay’ın (9HD., 20.11.1990T., E.1990/903, K.1990/12364) bir kararında “akdin icra edilmemesi, akde aykırılık teşkil eder. Bu aykırılığın oluşması için akdin fiilen icrasına başlanması şart değildir.İcrasına başlanmadan önce akdin yerine getirilemeyeceğinin bildirilmesi de aynı sonucu doğurur” şeklinde belirtilmektedir.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Yarg. 9. HD., 13.3.1995T., 1994/18034E., 1995/7861K (Kılıçoğlu , **İş Kanunu Şerhi**, 1999, s. 1048)

¹⁶⁰ Arıcı,a.g.m., s. 39, dipnot. 33

Cezai şartın iş sözleşmelerine konulması çeşitli gayelerle olabilir. Ancak genel olarak tarafları ifaya zorlamak, ifayı desteklemek gayesiyle hareket etmektedirler. Bir diğer gaye de ifanın yerine getirilmemesi halinde doğacak zararların tazminini temin etmektir. Çünkü taraflar sözleşmeye aykırı davranıldığını ispat etmekle cezai şartı talep edebilirler.¹⁶¹

İş sözleşmesinde cezai şartta hak kazandıracak ihlalin ortaya çıkış tarihi, talep edilebilecek cezai şart miktarını etkiler.

Cezai şart fer'i nitelik taşıdığından, geçerliliği, bağlı olduğu asıl sözleşmenin geçerlilik şartlarını taşıması gerekmektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin şekle tabi olması durumunda bu şekil şartı cezai şart bakımından da geçerlidir. İş sözleşmesi şekle aykırılık nedeniyle geçersizse, cezai şart da geçersiz hale gelir. Borçlar Kanunu m. 11 genel olarak şekil serbestisini benimsemiştir. İş sözleşmesine ilişkin olarak BK m.314/I hükmü, aksi kararlaştırılmadığı sürece iş sözleşmesinin şekle bağlı olmadığını ifade etmektedir. Cezai şartın şekle bağlı asıl sözleşmeden ayrı olarak kararlaştırılması halinde de asıl sözleşmenin bağlı olduğu şekil şartına uyulması gerekmektedir. Ülkemizde cezai şartın en çok kararlaştırıldığı belirli süreli iş sözleşmeleri açısından 4857 sayılı İş Kanunu m.8/2, süresi 1 yıldan fazla belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır. İş Kanunu m.16/2 gereğince takım sözleşmelerinin de yazılı yapılması gerekmektedir. Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamına giren iş sözleşmelerinin de yazılı yapılması gerekmektedir. Ayrıca taraflar iradi olarak veya toplu iş sözleşmesiyle iş sözleşmesini şekle bağlı tutabilirler. (BK m.16/1 ve TİSGLK m.2/1)¹⁶²

Kanun gereğince yazılı yapılması gereken iş sözleşmesi için aranan şekil şartının hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler¹⁶³ ileri sürülmüş olmakla beraber kanaatimizce iş sözleşmesi için öngörülen şekil şartının

¹⁶¹ Arıcı,a.g.m., s. 39

¹⁶² Karagöz,a.g.e., s. 177-178

¹⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Karagöz,a.g.e., s. 178-179

geçerlilik şartı olduğunun kabulü işçi açısından da daha uygun olacaktır. Cezai şartın fer'i niteliğinin bir sonucu olarak yazılı olarak yapılması gereken iş sözleşmelerinde cezai şarta ilişkin öngörülen hükümlerin yahut da asıl sözleşmeden ayrı olarak cezai şart kararlaştırılması durumunda da cezai şart anlaşmasının yazılı olarak yapılması gerekmektedir.¹⁶⁴

Tarafların akit serbestisinin bir sonucu olarak cezai şart miktarını serbestçe kararlaştırabileceğini (BK m.161/1) belirtmiştik. Bu miktar götürü bir surette belirli bir miktar para olarak belirlenebileceği gibi bu miktarın belirlenmesini sağlayan bazı kıstaslar da öngörülebilir. İş sözleşmelerinde kararlaştırılan cezai şart miktarı daha ziyade kıdem veya ihbar tazminatı veya işçinin aylık ücreti esas alınmak suretiyle belirlenmektedir. Bu tür kayıtlar esas alınmak suretiyle cezai şart miktarı somut olarak belirlenebileceğinden bu tür kayıtlar geçerlidir. Ancak uygulamada bazen problemler de çıkabilmektedir. Cezai şart miktarının belirlenmesinde genellikle işçiye ödenen ücretin esas alınması, öncelikle ücretin belirlenmesini zorunlu kılar. Uygulamada sık karşılaşılan bir durum, işçiye ödenen gerçek ücret ile sözleşmede ve ücret bordrosunda gösterilen ücret arasında çeşitli nedenlerle fark bulunmasıdır. İşçiye ödenen ücretin asgari ücretin altında olması durumunda, bu ücretin en az asgari ücret oranında olduğunun kabul edilmesi zorunluluktur. Çünkü asgari ücrete ilişkin iş mevzuatı hükümleri emredici nitelik taşır ve aksinin sözleşme ile kabulü mümkün değildir. Böyle bir halde öngörülen cezai şart miktarının asgari ücretin altında olmamak üzere belirlenmesi gerekmektedir.¹⁶⁵

Uygulamada sıkça karşılaşılan bir diğer durum, işçiye ödenen ücretin ödenen gerçek ücretten düşük gösterilmesi halidir. Özellikle işçi lehine cezai şart kararlaştırılan halde konu büyük önem taşır. İş sözleşmesinde kararlaştırılan ücret, gerçekte işçiye ödenen ücretten daha düşük ise, ücrete ilişkin sözleşme hükmünün muvazaa nedeniyle geçersiz sayılması gerekmekte ve gizlenen gerçek ücret belirlenerek cezai şart miktarı da bu

¹⁶⁴ Karagöz,a.g.e., s. 180

¹⁶⁵ Karagöz,a.g.e., s. 181

ücrete göre belirlenmelidir. Ancak bu durumda da işçi gerçek ücret ve dolayısıyla ücrete bağlı olarak öngörülen cezai şart miktarını ispat etmek durumunda kalacağından ispat açısından birtakım sıkıntılarla karşılaşacaktır. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında¹⁶⁶, 'işçinin kıdemi, yaptığı iş, işyerinin özellikleri gözetilerek, meslek kuruluşundan da sorulmak suretiyle' işçiye ödenen gerçek ücretin belirlenmesi gerektiğine işaret etmiştir.¹⁶⁷

Cezai şart miktarının belirlenmesinde temel (çıplak) ücretin mi yoksa geniş anlamda ücretin mi esas alınması hususunda öncelikle sözleşmeye, tarafların iradesine bakmak gerekmektedir.¹⁶⁸ Taraflar bu yönde bir kararlaştırmada bulunmamışlarsa, ihbar, kıdem tazminatı ile işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret dışında kalan hallerde temel ücret cezai şart miktarının belirlenmesinde esas alınmalıdır. Çünkü kıdem tazminatına ilişkin olarak halen yürürlükte bulunan 1475 sayılı Kanunun 14/11. maddesinin, kıdem tazminatının hesaplanmasında ücrete ek olarak işçiye sağlanan para ve parayla ölçülmesi mümkün menfaatlerin dikkate alınacağına ilişkin hükmüne benzer nitelikte olarak 4857 sayılı İş Kanunu m. 17/son ve m. 21/3 maddeleri de ihbar tazminatı ve işçiye çalıştırılmadığı süreye ilişkin olarak ödenecek ücrete ilişkin düzenlemeler içermektedir. Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur.¹⁶⁹

İş sözleşmesinden kaynaklanan cezai şart alacağının geç ödenmesi durumunda öncelikle tarafların kararlaştırdıkları faiz türüne, kararlaştırmada bulunmadıkları takdirde yasal faiz oranına hükmetmek icap eder. Bu durum kıdem tazminatının ölçüt alınarak cezai şart kararlaştırılması durumunda da geçerli olup toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan cezai şart alacaklarında

¹⁶⁶ Yarg. 9. HD., 18.04.2005T., E.2004/24571, K.2005/13555 (Karagöz, a.g.e., s.182, dipnot 229)

¹⁶⁷ Karagöz, a.g.e., s. 182

¹⁶⁸ Yarg. 9. HD., 14.2.2001T., E.2000/19003, K.2001/2680 sayılı kararında, toplu iş sözleşmesinde düzenlendiği üzere, giydirilmiş ücret esas alınmak suretiyle cezai şart miktarına hükmedilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Bireysel iş sözleşmesinde düzenlenen cezai şartla ilgili olarak aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD., 24.5.2001T., E.2001/5956, K.2001/8857 (Karagöz, a.g.e., s. 183, dipnot 233)

¹⁶⁹ Yarg. 9. HD., 8.9.1999T., E.1999/12940, K.1999/12824 sayılı kararında, kıdem tazminatı esas alınmak suretiyle cezai şart miktarına hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir. (Karagöz, a.g.e., s. 183 ve dipnot 234)

ise, 2822 sayılı Kanunun 61. maddesi gereğince mevduata uygulanan en yüksek işletme kredisi faizinin uygulanması gerekmektedir.¹⁷⁰

“İş sözleşmesi 4773 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde feshedilen davacı işçiler feshin geçersiz nedenle yapıldığını, işe iadeleri ile birlikte işe başlatılmamaları halinde yürürlük Toplu İş Sözleşmesinin 29. maddesi uyarınca 3 yıllık giydirilmiş ücret tutarında iş güvencesi tazminatına karar verilmesini talep etmişlerdir.

Mahkemece istek kabul edilmiştir.

Dosya içeriğine göre iş sözleşmelerinin yazılı olarak feshedilmediği sözlü olarak gösterilen verimsizlik nedenlerinin kanıtlanamadığı, feshin geçerli bir nedene dayanmadığı, anlaşılmaktadır. Mahkemece bu gerekçelerle feshin geçersizliğine ve işe iadelerine karar verilmesi usul ve yasaya uygundur.

Ancak mahkemece, Toplu İş Sözleşmesinin 29. maddesinde fesih sonucuna bağlanan ve cezai şart niteliğinde olan 3 yıllık giydirilmiş ücret tutarındaki iş güvencesi tazminatının işe başlatılmama tazminatı olarak hüküm altına alınması hatalıdır. Zira feshin geçersizliğine karar verildiğinde işçinin işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatın, işçinin çıplak brüt ücretinin en az altı, en çok bir yıllık ücreti olması gerektiği fesih tarihinde yürürlükte bulunan 4773 sayılı yasa ile değişik 1475 sayılı İş Kanununun 13/D maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu düzenlemenin aksinin sözleşmelerle kararlaştırılamayacağı, aksinin geçerli olmayacağı da anılan maddenin son fıkrasında belirtilmiştir. Bir başka anlatımla bu hüküm emredici bir hukuk kuralıdır. O halde işe başlatılmama halinde belirlenecek tazminat yasal sınırlar içinde aylık çıplak brüt üzerinden hesaplanmalı ve asgari sınırdan uzaklaşılması halinde de gerekçesi ve nedeni açıklanmalıdır.

¹⁷⁰ Karagöz, a.g.e., s. 183-184

Açıklanan nedenlerle mahkemece feshin geçersizliğine ve davacıların işe iadesine ilişkin verilen karar doğru olup, buna yönelik temyiz itirazları yerinde görülmemiş, işe başlatılmama halinde verilen tazminat yönünden hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması.....”¹⁷¹

“Davacının fesih tazminatı alacağında Borçlar Kanununun 161/son maddesi gereğince indirim yapılmadan hüküm kurulması hatalıdır.

Taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinden kaynaklanan fesih tazminatına dava tarihinden itibaren % 50 yasal faiz uygulanması gerekirken daha önce temerrüde düşürülmemesine rağmen fesih tarihinden itibaren banka mevduat faizi yürütülmesi hatalıdır.”¹⁷²

Cezai şart, bağlı olduğu asıl sözleşmenin sona ermesi bir başka deyimle asıl borcun sözleşmeye uygun olarak ifasıyla sona erer. Sözleşmeye aykırı davranılması sebebi ile muaccel olan cezai şart, aleyhinde öngörülen tarafın ifasıyla ya da işçi ve işverenin karşılıklı borçlarını takas veya ibra etmeleri ile de sona erer. Asıl borcun veya muaccel hale gelmiş cezai şartın zamanaşımına uğraması ile de cezai şart da sona erer. Asıl borç bakımından geçerli olan zamanaşımı süresi, cezai şart açısından da geçerlidir. Muaccel hale gelmiş cezai şart ise, artık bağımsız bir borç haline dönüştüğünden BK m. 125’de öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresi cezai şart açısından da geçerli olur.¹⁷³

Kural olarak, cezai şartın muaccel olması, sözleşmeye aykırı davranışta bulunulması haline bağlıdır ve bu durum için öngörülebilir. İşçinin kusursuz olması hallerinde de cezai şartın hüküm ifade edeceğinin kabulü, İş hukukunun kendine özgü niteliğine de ters düşeceğinden bu tür kararlaştırmalar geçersiz sayılmalıdır. Dolayısıyla işçinin sözleşmeye aykırı

¹⁷¹ Yarg. 9. HD., 19.1.2004T., 2003/21992E., 2004/258K (Karar yayınlanmamıştır.)

¹⁷² Yarg. 9. HD., 4.11.1999T., E.1999/13777 - K.1999/16740 (Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s. 1066)

¹⁷³ Karagöz, a.g.e., s. 189

davranışta herhangi bir kusurunun bulunmaması halinde cezai şartın sona ermesi gerekir.¹⁷⁴

b. Cezai Şartın Geçerli Ancak Fahiş Olması Hali

İş sözleşmesi ile kararlaştırılan cezai şart, bazı durumlarda katlanılması mümkün olmayacak şekilde öngörülebilir. Bu durumda cezai şartın fahiş olması meselesi gündeme gelir. Cezai şartın aşırı olması tek başına cezai şartın geçersizliği sonucunu doğurmaz. Nitekim cezai şartın fahiş olduğunu re'sen belirleme ve gerektiğinde indirme yetkisi hakime ait bir görevdir.¹⁷⁵ Bu konu aşağıda cezai şartın tenkisi meselesi başlığı altında ayrı bir başlık altında incelenecektir.

2. Cezai Şartın Geçersizliği Durumu

İş sözleşmelerine konulan cezai şart bazı durumlarda batıl olabilir. Cezai şart, bağlı olduğu asıl sözleşmenin kaderine tabi olduğundan iş sözleşmesinin geçersizliği durumunda cezai şartın da geçersizliği söz konusu olur. İş sözleşmesi de diğer sözleşme türleri gibi hukukun emredici hükümlerine aykırılık durumunda geçersizlik veya iptale konu olabilir. İş sözleşmesinin akdedilmesi esnasında işçi veya işverenin hukuki işlem ehliyetinin bulunmaması, iş sözleşmesinin kanunun öngördüğü şekil kuralına aykırı yapılması, ahlaka veya kanunun mutlak emredici hükümlerine aykırı olması, muvazaa veya konusunun imkansız olması iş sözleşmesinin geçersiz olması sonucunu doğurur. İş sözleşmesinin bazı hükümlerinin geçersizliği, bütünüünün geçersizliği sonucunu doğurmamakla birlikte, bu hükümler olmaksızın tarafların iş sözleşmesini yapmayacaklarının kabul edildiği durumlarda tamamının geçersiz olduğu kabul edilmelidir. (BK m. 20/2)¹⁷⁶

Genel olarak sözleşmelerin geçersizliği geriye etkili sonuç doğurur. Ancak işçi ile işveren arasında devamlı bir kişisel ilişki kuran iş

¹⁷⁴ Karagöz, a.g.e., s. 189

¹⁷⁵ Arıcı, a.g.m., s. 40

¹⁷⁶ Karagöz, a.g.e., s. 184; Arıcı, a.g.m., s. 41

sözleşmesinin, özellikle ifa edilmeye başlandıktan sonra geriye etkili geçersizliğini kabul etmek bazı sorunlar doğurabilmektedir. Ayrıca iş görme ediminin karşılığı olarak sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince bir bedelin verilmesinde bu bedel her zaman tam karşılık taşımayabilir. Bu sebeple iş sözleşmesinin geçersizliğini ileriye etkili olarak kabul etmek gerekmektedir. Dolayısıyla geçersiz bir iş sözleşmesi, o ana kadar geçerli bir iş sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurur. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu da, geçmişte verdiği bir kararında, yaş küçüklüğü veya kadın olması sebebiyle yasak bir işte çalıştırılan işçinin iş sözleşmesinin geçersizliğine rağmen, iş ilişkisinden doğan haklarının dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁷⁷ İş sözleşmesinin hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı (konusu ahlak ve cezai yasaklara aykırı) olması halinde baştan itibaren hükümsüz sayılması gerektiği belirtilmektedir.¹⁷⁸

İş sözleşmesinin ahlaka aykırılık ve şekil şartına aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu durumda, cezai şart da geçersizdir.

İş sözleşmesinin diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi hata, hile, tehdit, korkutma gibi irade sakatlıkları nedeniyle iptali mümkündür. İfasına başlanmış bir iş sözleşmesinin irade sakatlığı sebebiyle iptal edilmesi halinde, iptal ileri dönük etki doğurduğundan, sözleşmede öngörülen cezai şart da ortadan kalkar. Ancak ifasına başlanmamış iş sözleşmesinde iptal, geriye etkili sonuç doğuracağından, kural olarak cezai şart da baştan itibaren ortadan kalkar. İş sözleşmesinin iptal edilmesi ile sözleşmede öngörülmüş cezai şart da ortadan kalkacağından feshe veya sözleşmeye aykırılığa bağlı olarak öngörülen cezai şartın ifası talep edilemez. Ancak taraflar açıkça sözleşmede kusurlu davranışı nedeni ile iş sözleşmesinin iptaline sebep olan tarafın cezai şart ödeyeceğini kararlaştırmışlarsa, bu durumda cezai şart talep edilebilir.

¹⁷⁷ Yarg. İBK, 18.6.1958T., E.1957/20, K.1958/9 (Karagöz, a.g.e., s. 185 ve dipnot 243)

¹⁷⁸ Karagöz, a.g.e., s. 185

Aleyhine cezai şart öngörülen taraf, iş sözleşmesini haklı nedenle feshederse, cezai şart sona erer. Kural olarak iş sözleşmesini haklı nedenle fesh eden taraf aleyhine cezai şart öngörülemez. Çünkü haklı nedenle fesihte bulunan taraf kanunen kendisine tanınan bir hakkı kullanmaktadır. Aksinin kabul edilmesi, kanunen tanınmış bir hakkın ihlali ve dürüstlük kuralı gereğince taraflardan devamı beklenemeyecek bir sözleşme ilişkisinin zorla ifasının ve devam ettirilmesinin beklenmesi demektir.¹⁷⁹

Sözleşmede haklı nedenle sözleşmenin feshine sebep olan tarafın cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmışsa, cezai şart istenebilir. Ancak bu yöndeki kayıtların geçerliliği, İş Kanunu m. 24/II ve 25/II' de sayılan 'Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri' ile sınırlı olduğunun kabulü gerekir. Çünkü sağlık ve zorlayıcı sebeplerle iş sözleşmesinin feshine neden olursa bile kişi kusurlu olmayacağından bu nedenlerle sözleşmenin feshedilmesi halinde kararlaştırılmış olan cezai şart talep edilemez.¹⁸⁰

İş sözleşmesinin haklı sebeple feshine neden olan taraftan cezai şart talebi, fesih hakkının İş Kanunu 26. maddede öngörülen süre içerisinde yapılmış olmasına bağlıdır. Çünkü haklı sebeplerin gerçekleşmiş olması cezai şart talebi için yeterli değildir. Hak düşürücü süreler geçirildikten sonra yapılacak fesih haksız fesih olacağından, diğer tarafın cezai şart talep etmesine neden olabilir.¹⁸¹

"Davacının iş akdi davalı işveren tarafından 1475 sayılı İş Kanununun 17/II. maddesine dayanılarak feshedilmiştir. Yargılama sırasında dinlenen tanıklar davacıya yüklenen eylemlerin fesih tarihinden bir yıl önce işlendiğini açıklamışlardır. 1475 sayılı İş Kanununun 18. maddesinde; aynı Kanunun 16. ve 17. maddelerinde gösterilen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi ve işveren için tanınmış olan akdi fesih yetkisi iki taraftan

¹⁷⁹ Karagöz, a.g.e., s. 190

¹⁸⁰ Yarg. 9. HD., 18.12.2002T., E.2002/10423, K.2002/24438 sayılı kararında, işyerinin deprem nedeniyle yıkılması neticesinde zorlayıcı sebepler yüzünden işçisinin iş sözleşmesini fesheden işverenden cezai şartın ödenmesinin talep edilmeyeceğini hüküm altına almıştır. (Karagöz, a.g.e., s. 190 ve dipnot 266)

¹⁸¹ Karagöz, a.g.e., s. 191

birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu, öbür tarafın öğrendiği günden başlayarak 6 gün geçtikten ve herhalde fiilin vukuundan itibaren bir yıl sonra kullanılamayacağı belirtilmektedir. Bu maddede öngörülen süreler hak düşürücü süredir, mahkemece re'sen dikkate alınması gerekir. Uyuşmazlık konusu olan bu davada mahkemece anılan husus üzerinde durulmadan karar verilmesi hatalıdır.”¹⁸²

Kural olarak iş sözleşmesini geçerli nedenle fesheden işveren aleyhine ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshine neden olan işçinin işveren cezai şart ödemesine ilişkin kayıtlara yer vermek kural olarak mümkün değildir¹⁸³

B. Cezai Şartın Tenkisi Sorunu

Cezai şartın indirimi ile ilgili BK m.161/III' de özel bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellef olup, cezai şartın aşırı olması durumunda, BK m.161/3 gereğince re'sen indirim tabi tutabilecektir. Bu açıdan cezai şartın işveren lehinde veya aleyhinde olmasının bir önemi bulunmadığı gibi¹⁸⁴ tarafların ileride cezai şarttan indirim yapılmasını engellemek amacıyla, bu yönde bir kararlaştırmada bulunmaları ya da cezai şartın fahiş olmadığını beyan etmeleri, kamu düzeni ile ilgili olması ve hakime re'sen bu görevin verilmesi nedeniyle BK m.161/son açısından önemsizdir.¹⁸⁵

İş sözleşmelerine konulan bir hükmün cezai şart olup olmadığı öncelikle taraf iradeleriyle ortaya çıkar. İradenin cezalandırıcı amacı öne

¹⁸² Yarg. 9.HD., 30.3.1998T., E. 1998/4460 - K. 1998/5972 (Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s. 1075) ve aynı yönde Yarg. 9. HD., 18.5.1998 T., E. 1998/5956 - K. 1998/8956, Yarg. 9. HD., 28.2.2000, E. 1999/19931-K. 2000/2169 (Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s. 1074,1061)

¹⁸³ Karagöz, a.g.e., s. 191

¹⁸⁴ Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 655

¹⁸⁵ Başbuğ, a.g.m., s. 250

çıktığı hallerde hakimın zarardan bağımsız olarak indirimde bulunması gerekir.¹⁸⁶

Sözleşme serbestisi ilkesinin sonucu olarak taraflar cezai şartın miktarını serbestçe belirleyebilirler. Ancak bu durum tecrübesiz ve ekonomik yönden zayıf durumda olanın istismar edilmesi tehlikesini doğuracağından yasa koyucu BK m.161/III' de aşırı cezai şartı indirme yetkisi vermiştir. Bu durumda hakim öncelikle öngörülen cezai şartın aşırı olup olmadığını belirleyecektir. Aşırı cezai şartın indirime konu olabilmesi için öncelikle geçerli ve muaccel olması gerekmektedir.¹⁸⁷ Aşırılık belirlenirken özellikle işçinin ekonomik durumu, sözleşmeye aykırılıkta işçinin kusurunun ağırlığı gibi unsurlar dikkate alınabilir.¹⁸⁸

Cezai şarttan indirim BK m.161/III hükmüne göre, her olayın özelliği ile birlikte borçlar hukukunun cezai şarttan indirim koşulları yanında iş hukukunun kendine özgü özellikleri dikkate alınarak yapılacaktır. Ancak uygulamada özellikle yüksek Yargıtay tarafından, herhangi bir neden açıklamaksızın cezai şarttan indirim yapılması gerektiğinin, indirim yapılmamasının bir bozma nedeni olarak kabul edildiğinin benimsendiğini görmekteyiz. Cezai şarttan indirim yapılmasının adeta cezai şartın fahiş olup olmadığına bakılmaksızın zorunlu görüldüğü ifade edilmektedir.¹⁸⁹

Burada özellikle gerçek kişi tacir işverenin, iş sözleşmesiyle işçi çalıştırmasının ticari işletmesiyle ilgili olup olmadığı ve cezai şarttan indirim talep edebilip edemeyeceği üzerinde durmak gerekmektedir.

Yargıtay geçmişte verdiği eski tarihli bir kararında¹⁹⁰ tacir işveren lehine TTK m.24'deki yasak gereğince işçi lehine öngörülen cezai şarttan

¹⁸⁶ Mustafa Kılıçoğlu, **İş Kanunu Şerhi: Açıklamalar – Kararlar - İlgili Mevzuat**, Ankara 1999, s. 1035

¹⁸⁷ Günay, **Cezai Şart**, s. 180; Kocaağa, a.g.e., s. 226; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 144; Karagöz, a.g.e., s. 104

¹⁸⁸ Karagöz, a.g.e., s. 258

¹⁸⁹ Başbuğ, a.g.m., s. 249

¹⁹⁰ Yarg. 9. HD., 16.2.1976 T., E.4484, K.5798 (Karagöz, a.g.e., s. 58, dipnot 195 ve Usta, a.g.e., s. 971)

indirim yapılamayacağına hükmetmişken,Hukuk Genel Kurulu 15.10.1997 tarihinde verdiği bir kararında,iş sözleşmesinden kaynaklanan cezai şart açısından indirim yasağının geçerli olmadığı görüşünü belirtmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nun söz konusu kararı şu şekildedir:

“Uyuşmazlığın çözümü,davacının askerlik dönüşü işe alınmamasından kaynaklanan ve TİS'nin 16/b maddesinde öngörülen ‘işe almama’ tazminatının hukuki niteliği ile bu tazminatın BK.nun 161/son maddesi uyarınca indirime tabi tutulup tutulmayacağının belirlenmesinde toplanmaktadır.Öncelikle belirtelim ki,sözü edilen tazminat hukuksal nitelikçe,bir cezai şart konumunda olduğunda kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır.

Gerçekte de,davanın yasal dayanağını oluşturan TİS' nin 16/b maddesi ‘Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla işinden ayrılan işçiler askerlik bitiminden sonraki iki ay içinde işverene müracaatları halinde ve çalıştığı kadro doldurulmamış ise aynı işyerine alınırlar.İşe alınmamaları halinde işçiye yasal hakları dışında emsali işçinin o anki ücreti üzerinden üç aylık brüt ücreti tutarında işverence işe almamak tazminatı ödenir’ şeklinde düzenlenmiştir.Görüldüğü üzere,anılan hukuki işlem ile işverenin askerden dönen işçisini işe alma borcunu yerine getirmemesi halinde ödemesi gereken işçiye ispat yükü olmadan,zararını alabilmenin imkanı sağlayan fer'i nitelikte,götürü bir edimle yükümlü tutulduğu belirgindir.Eylemin açıklanan unsurlarından hareket edildiğinde işe almama tazminatının tipik ceza koşulu olduğunun kabulü kaçınılmazdır.Kaldı ki anılan tazminatın bir ceza koşulu olduğunda yerel mahkeme ile özel daire arasında bir uyuşmazlık bulunmadığı gibi Hukuk Genel Kurulu müzakerelerinde de ayrık bir görüş öne sürülmemiştir.Çözümlemesi gereken sorun,bu nitelikteki bir ceza koşulundan BK.nun 161/son maddesi uyarınca bir indirim yapıp yapılmayacağının farklı bir anlatımla,davalı işverenin A.Ş olması nedeni ile TTK 24.maddesinin olayda uygulama olanağının bulunup bulunmadığının

belirlenmesinde toplanmaktadır.Bu bağlamda,davacı işçi ile işveren arasındaki ilişkinin hukuki nitelikleri üzerinde durulmasında yarar vardır.

İlk olarak belirtelim ki,işveren ile işçi arasındaki ilişki TTK'nun 3.maddesinde anlamını bulan ticari iş niteliğinde olmayıp 1475 sayılı iş yasasından kaynaklanan ve iş yasası hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir hizmet akdidir.Dahası işçi,işveren ilişkileri gözetildiğinde kamu düzeni ile de ilgilidir.Esasen iş hukukunun temel ilkelerinden olan tarafların dengeli tutulması kuralı da bu kabulü doğrulamaktadır.O nedenle işe almama karşılığı bir yaptırım olarak kararlaştırılan ceza koşulu TTK.nun öngördüğü anlamda bir ticari ilişkiden kaynaklanmadığı çok açıktır.Hal böyle olunca;davalı işveren A.Ş.nin ,tacir olması taraflar arasındaki anlatılan hukuki ilişkinin kendine,özellikle iş yasasına özgü niteliği karşısında,TTK.nun 24.maddesinin uygulanmasını gerektirmez.

Açıklanan nedenlerle,TTK 24 maddesine dayanılarak,işe almama tazminatı(ceza koşulu) miktarında indirim yapılmamasına ilişkin yerel mahkemenin kabulü ve direnmesi yerinde görülmemiştir.Ne var ki,hükmedilen işe almama tazminatının(ceza koşulunun) miktarı,dosyadaki bilgi ve belgeler değerlendirildiğinde;tarafların ekonomik durumu,özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar,borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü olarak alındığında hak.adalet ve nesafet kurallarına uygun görülmüş,mahkeme kararı bu nedenle onanması gerekmiştir.”¹⁹¹

Görüldüğü üzere Yargıtay yukarıda yer verdiğimiz kararında,işe almama karşılığı bir yaptırım olarak kararlaştırılan cezai şartın TTK' nun öngördüğü anlamda bir ticari ilişkiden kaynaklanmamış olması nedeniyle bu ilişkiye TTK 24'de tacirler açısından getirilen indirim yasağının uygulanamayacağını,İş Kanunları kapsamında ele alınan ve kendisine özgü

¹⁹¹ Yarg. HGK., 15.10.1997 T., 1997/9-486E. -1997/822K (Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s. 1043-1044), Ahmet Battal, “Tacirin İş Kanunu’na Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi? Karar İncelemesi, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi**, C. XX, Sa. 2, Yıl 1999, s. 16-17-18

niteliği bulunan bu ilişkiye,ticari işe ilişkin sonuçların bağlanmaması gerektiğini belirtmektedir.Yargıtay'ın söz konusu bu kararı,somut olayda davalı tacirin,A.Ş olması ve dolayısıyla davalının adi işler sahasının bulunmaması,bu nedenle somut olaydaki ilişkinin ticari iş niteliğini taşıyıp taşımadığı hususundaki değerlendirmenin gereksiz olduğu,işverenin işçisiyle kurduğu hizmet ilişkisinin de onun ticari işletmesini ilgilendirdiği için ticari iş olduğu ve istisnalar kapsamında kalmadığı ve ayrıca hizmet sözleşmesinin özel nitelikleri işverenin değil işçinin korunmasını gerektirdiğinden,eski işçinin işe alınmaması nedeniyle talep edeceği cezai şart alacağının TTK 24' e tabi olmadığını içtihat etmenin,işçinin değil işverenin korunması sonucunu doğuracağı noktalarında eleştirilmiş,dolayısıyla söz konusu kararın yeni içtihatlarda gözden geçirilmesinin isabetli olacağı belirtilmiştir.¹⁹²

Yargıtay HGK,vermiş olduğu daha sonraki yeni tarihli kararlarında da,tacir olan işverenle işçisi arasındaki ilişkiyi ticari iş niteliğinde kabul etmeyerek,cezai şarttan BK m.161/III hükmü gereğince indirim yapılması gerektiğini belirtmek suretiyle aynı yöndeki görüşünü sürdürmüştür.¹⁹³

“Davacı,davalı bankada işe başlarken bir nevi transfer ücreti mahiyetinde olmak üzere 500.000.000 TL almış ve buna karşılık 3 yıl hizmet etmeyi taahhüt etmiştir.10.7.1998 tarihli taahhütnamede davalının ilk 12-24 ay içerisinde işten ayrıldığı takdirde bu miktarın tamamını 12-24 ay içerisinde ayrıldığı takdirde bu tutarın 2/3 olan 334.000.000 TL' yi 24-36 ay içerisinde ayrıldığı takdirde ise 1/3 olan 166.000.000 TL karşılığı dolar olarak ödeyeceğini bildirmiştir.Davalı,1 yıl 8 ay 20 gün çalıştıktan sonra ayrıldığına göre 334.000.000 TL karşılığı doları ödemesi gerekir ki davacı da bu miktar için dava açmıştır.Taahhütnamedeki ifadelerden bunun bir nevi transfer ücreti olduğu,cezai şart olmadığı açıktır.Bu durumda davacının isteğinin aynen

¹⁹² Battal,a.g.m., s. 21-22-23

¹⁹³ Yarg. HGK, 2.2.2005 T., E.2004/9-759, K.2005/9 (Karagöz, a.g.e., s. 59, dipnot 199)

hüküm altına alması gerekirken cezai şart mahiyetinde görülerek indirim tabi tutulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”¹⁹⁴

1. Tenkisi Reddeden Görüş

Bu görüş sahipleri tacir işverenlerin cezai şart miktarından BK m.161/III'e göre,indirim talep edemeyeceği,bu hususun da hakim tarafından re'sen değerlendirilemeyeceğini belirtmekte,Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun 15.10.1997 tarihli,yukarıda verdiğimiz kararını eleştirmektedirler.Söz konusu eleştirilerde,söz konusu işlemin bir ticari iş olduğu,Ticaret Hukukunda ticari iş olup olmadığının gerçek kişi tacirler bakımından sorgulandığını,uyuşmazlığa TTK m.24'ün uygulanmasına engel bir durumun olmadığı,iş hukukunun kendine özgü yapısı gereği işçinin korunması gerektiği,bu anlamda işçinin borcu için indirim düşünülebileceği,oysa Yargıtay'ın söz konusu somut uyuşmazlıkta işçi karşısında işvereni koruyucu bir yorum getirdiği belirtilmektedir.¹⁹⁵

2. Tenkisi Kabul Eden Görüş

Tacir işveren ile ilgili tartışmalar bir tarafa bırakılacak olursa,iş sözleşmelerinde öngörülen cezai şartın fahiş olması halinde indirimin gerekliliği, BK m.161/III' ün emredici nitelikte,kamu düzenine ilişkin bir hüküm olduğu,iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şartın abartılı ve hakkaniyete aykırı olması halinde tenkisin gerekliliği hususunda bir tereddüt ve görüş ayrılığı bulunmamaktadır.Öte yandan öğretide SOYER,işçinin ödeyeceği cezai şarta bir sınırlama getirilmesi gerektiği,sözleşme işveren tarafından feshedilseydi kendisine ödenecek miktar ne olacak idiye en çok o miktarda bir cezai şartı ödemekle yükümlü tutulabileceği,BK m.161/III' ün uygulanabilmesi için önkoşul olarak aranan 'fahiş olma' şartı aranmadan da indirim yapılması gerektiği,cezai şart fahiş olmasa dahi,fesih tarihi ile öngörülen sürenin sonuna kadar olan süre için ödenmesi gereken

¹⁹⁴ Yarg. 9. HD., 17.4.2002T., E.2001/20432. - K.2002/6832 (Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s. 1050-1051)

¹⁹⁵ Battal, a.g.m., s. 22-23; Başbuğ, a.g.m., s. 253, 256

tazminattan fazla olmaması gerektiğini savunmakta,BK m.161/III ve BK m.340/III hükümlerini bir arada değerlendirerek bu sonuca ulaşmaktadır.¹⁹⁶

3. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında,iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olan cezai şartın mutlaka indirilmesi gerektiği şeklinde bir izlenim yaratmaktadır.Ancak öngörülen cezai şart miktarı sadece fahiş olduğu takdirde indirime gidilmelidir.Öte yandan cezai şarttan indirim yapılabilmesi için öngörülen miktarın hakkaniyete aykırı bulunması ve nedenlerinin de belirtilmesi gerekir.Yargıtay kararlarında indirim yapılması gereğine hükmederken dolaylı olarak cezai şartın aşırılığına da hükmetmekte ancak aşırılığın nedenlerini belirtmemekte,indirimin zorunluluğuna değinmektedir.Hatta Yargıtay bir kararında¹⁹⁷iş sözleşmesinin belirli süreli olarak nitelendirilemeyeceğini,bu sebeple cezai şart niteliğindeki tazminat talebinin reddedilmesi gerektiğini,cezai şarttan indirim yapılmamış olmasını da isabetsiz bulduğunu belirtmiştir.Halbuki geçersiz bir cezai şartın indirime konu olması mümkün değildir.¹⁹⁸Yargıtay kimi kararlarında ilk derece mahkemelerince ölçülü bulunan cezai şart miktarını fahiş bularak indirim yapılması gerektiğine hükmederken bazen de yerel mahkemenin yapmış olduğu indirimi fazla bulabilmektedir.

“Davacı okul idaresi, taraflar arasındaki ferdi hizmet sözleşmesinin 10.maddesinde öngörülen cezai şart kuralına aykırı biçimde son sözleşmenin uygulanmasına başlanılmasından sonra,sürenin bitimine takriben 5 ay kala davalı öğretmen tarafından sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle,cezai şart talebinde bulunmuştur.

Mahkemece yapılan değerlendirme sonucu,öngörülen cezai şart miktarı 143.955.448 TL’ nin çok fahiş olduğu düşünülerek 25.000.000 TL hüküm altına alınmıştır.

¹⁹⁶ Soyer, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 367; Başbuğ, a.g.m., s. 250

¹⁹⁷ Yarg. 9. HD., 16.09.2003 T., E.2003/15784, K.2003/14563 (Karagöz, a.g.e., s. 107, dipnot157)

¹⁹⁸ Karagöz, a.g.e., s. 107

Ferdi hizmet sözleşmesinde tarafların serbest iradesi ile anılan cezai şart kuralına yer verildiği ve indirim yapılmayacağı ayrı bir kural halinde açıklanmış olduğu gibi,davalı öğretmenin davalı okuldaki deneyimi sonucu diğer bir kısım öğretmenlerle birlikte ortak bir telif eserde hazırlamış olduğu ve başka bir yerde daha iyi şartlarla iş bulduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Borçlar Kanununun konuyla ilgili 161/son maddesinde hakime cezai şart miktarında indirim yetkisi veren kural kamu düzenine ilişkindir.Hakime istisnai olarak tanınmış olan bu hakkın ölçülü olarak kullanılması zorunludur.Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre,cezai şarttan indirme tarafların iktisadi durumu,borçlunun ödeme kabiliyeti ile birlikte borcunu yerine getirmiş olmasından dolayı sağladığı menfaat göz önünde tutulmak suretiyle bir ölçü içinde gerçekleştirilmelidir.Tüm bu olgular dikkate alındığında somut olayda cezai şarttan mahkemece yapılan indirimin fahiş olduğu sonucuna varılmaktadır.O halde daha ılımlı bir oranda indirim yapılmak üzere kararın bozulması gerekmiştir.”¹⁹⁹

Yargıtay yerleşik kararlarıyla belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşmenin süresinden evvel haksız feshi durumuna ilişkin öngörülmüş cezai şart miktarının sözleşmenin ifa edilmiş süresi ile oranlı olarak tenkisini benimsemekte,bu yönde bir tenkisin yapılması durumunda dahi cezai şart miktarının fahiş olabileceği ve bu halde da ifa edilmiş süreyle oranlı bir indirimin yapılmış olmasının cezai şartta ayrıca indirime engel olmayacağı görüşünü devam ettirmektedir.²⁰⁰Öğretide,böyle bir indirimin yapılabilmesi için,kararlaştırılan cezai şartın fahiş görülmesi şartının da zorunlu olmadığı,bunun sonucu olarak çalışılan süre ile orantılı bir indirim yapıldıktan sonra,kalan kısım da fahiş görülürse mahkeme tarafından ayrıca BK m.161/son uyarınca indirim yapılmasına bir engel olmadığı,verilen eğitime

¹⁹⁹ Yarg. 9HD., 15.04.1997 T., E.1997/609, K.1997/7438 (Karagöz, a.g.e., s. 107, dipnot 154 ve Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s. 1082-1083)

²⁰⁰ Yarg. 9. HD., 14.3.1996, E.1995/31870, K.1996/5342 (Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 656, dipnot 315)

rağmen işçiye uzun süre işçiye hak ettiği pozisyonun verilmemesi gibi işverene yüklenen haklı nedenlerin varlığı halinde de cezai şart miktarının indiriminin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.²⁰¹ Sözleşmenin ifa edilmiş süresi ile oranlı bir indirim yapılmış olması cezai şartın tenkisi için kabul edilen ölçütlerden birisini oluşturmaktadır. Ancak tenkise gidilebilmesi için dikkat edilmesi gereken nokta öncelikle fahiş olma koşulunun gerçekleşmesi gerekir. Bunun için de sözleşmede öngörülen miktarın abartılı ve hakkaniyete aykırı olması gerekir.

Hukuk Genel Kurulu, bir kararında, belirli süreli iş sözleşmesinde öngörülen, sözleşmenin süresinden önce haksız feshi durumunda, işverenin bakiye süreye ilişkin olarak ücret ödeyeceğine dair hükmü, cezai şart olarak kabul etmiş ve indirimin BK m.325'e göre değil, BK m.161/son'a göre yapılması gerektiğini belirtmiştir. Çünkü Yargıtay sözleşmede yer alan hükmün cezai şart niteliğinde olduğunu, kanunda zaten var olan hükmün (BK m.325) taraflarca sözleşmede tekrar edilmesinin bir anlamı olmadığını görüşündedir.²⁰²

Yargıtay işverenin tacir olması halinde dahi, fahiş cezai şarttan indirim yapılması gerektiği görüşünde olup TTK.m.24 yasağının uygulanmayacağı görüşündedir.²⁰³

“....Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporuna göre belirlenen cezai şart miktarından Borçlar Kanunu' nun 161/son maddesi uyarınca %10 oranında indirim yapılarak hüküm kurulmuş ise de; sonuç itibarıyla hüküm altına alınan miktar fahiş olup, yapılan indirim dosya içeriğine göre az olduğundan daha yüksek bir oran üzerinden indirim yapılmak üzere kararın bozulması gerekmiştir.”²⁰⁴

²⁰¹ Başbuğa.g.m., s. 250

²⁰² Yarg. HGK., 6.10.1978 T., E.1977/9-101, K.800 (Karagöz, a.g.e., s. 168, dipnot 169)

²⁰³ Bkz. Cezai Şartın Tenkisi Sorunu başlığı altında Yarg. HGK., 15.10.1997T., 1997/9 - 486E.- 1997/822K sayılı karar

²⁰⁴ Yarg. 9. HD., 28.5.2001T., 2001/8634E. - 2001/8940K (Akyiğit, **Emsal Kararlar**, s. 541)

“Mahkemece,iş sözleşmesinde işçinin bir yıllık ücreti tutarında ücretinin ödetilmesi yönünde kararlaştırılan cezai şart tutarının tamamının tahsiline karar verilmiştir.Borçlar Kanunu’nun 161/son maddesi uyarınca indirim hususunun düşünülmemesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.”²⁰⁵

4. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Cezai şartın aşırılığı halinde,hakim,emredici nitelikte ve kamu düzenine ilişkin bir hüküm olan BK m.161/son hükmünün yüklediği zorunluluk karşısında indirime tabi tutabilecektir.Kanunun kendisine takdir yetkisi tanıdığı hallerde,hakim hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.(TMK m.4)Bu durumda hakim öncelikle sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın fahiş olup olmadığına karar verecektir.Cezai şartı fahiş bulduğu takdirde ise,indirime ilişkin esaslar çerçevesinde uygun olan miktarı belirleyecektir.Hakim bu yetkisi çerçevesinde bir anlamda hakkaniyete uygunluk denetimi yapacaktır.Hakim aşırılığı belirlerken,her somut olayın özelliğini,işçinin ekonomik durumu ve sözleşmeye aykırı davranışta kusurunun ağırlığını dikkate almakla beraber cezai şartın borçlu üzerindeki ifayı zorlayıcı etkisini de dikkate almalıdır.

Tacir işverenin,iş sözleşmesinden doğan bir cezai şart borcu için indirim talep edip edemeyeceği ve dolayısıyla hakimın indirim yapabildiği yapamayacağı hususuna bakacak olursak;

TTK m.3,ticari işi, ‘Bu kanunda tanzim olunan hususlarla bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele,fiil ve işler ticari işlerdendir.’ demek suretiyle tanımlamaktadır.TTK m.24’e göre ise,tacir sıfatına sahip olan borçlu,Borçlar Kanununun 104/II,161/III ve 409.maddelerinde yazılı hallerde fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez.Bu hüküm,tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir sonucu

²⁰⁵ Yarg. 9. HD., 17.7.2007T., E.2007/19081, K.2007/24483 (Günay, **İş Davaları**, s. 594)

olup,gerçek kişi tacir ticari işletmesiyle ilgili faaliyetleri nedeniyle üstlendiği cezai şartın fahiş olduğu gerekçesiyle tenkisini talep edemez. TK m.3'deki tanım dikkate alındığında,işverenin işyerinde çalıştıracağı işçisiyle iş sözleşmesi yaparak iş ilişkisine girmesi ticari işletmesine ilişkin bir faaliyet olarak gözükmektedir.Tüzel kişi tacirler açısından ise,adi iş-ticari iş ayrımı söz konusu olmadığından her türlü faaliyetleri ticaridir.Bu sebeple böyle bir iş sözleşmesine konulan cezai şart da tacir işverenin ticari işletmesine ilişkin olduğundan TTK m.24/II gereğince indirim talep edememesi gerekir.Bu noktada Yargıtay'ın söz konusu kararı isabetli olmayıp,bu hususta tenkisi reddeden görüşler kanaatimizce yerindedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TOPLU İŞ HUKUKUNDA CEZAİ ŞART

I. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ ÖZERKLİĞİ VE CEZAİ ŞART

A. Genel Olarak Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği

Toplu iş sözleşmesi,işçi sendikası ile işveren ya da işveren sendikası arasında yapılan ve tarafların iradesini ortaya koyan bir akittir.Toplu iş sözleşmesi,yazılı olarak yapılması gereken ve iş sözleşmesinin yapılması,içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümlerin düzenlenmesi amacıyla yapılan ve ayrıca tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini,sözleşmenin uygulanması ve denetimine ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin hükümleri de içerebilen bir sözleşmedir.¹Toplu iş sözleşmesi özerkliği ise,toplu iş sözleşmelerini serbestçe yapabilme ve toplu iş sözleşmeleri ile hukuk kuralları koyabilme demektir.²Toplu iş sözleşmesi özerkliği,sözleşmenin bir tarafı işçiler adına işçi sendikası,diğer tarafı ise ya sendika üyesi olmayan münferit işveren ya da üye ise işveren sendikası olduğu için kollektif bir görüntü arz eder,ayrıca dışa dönük olup üçüncü kişiler üzerinde etkili olduğu için sözleşme özgürlüğünden farklılık arz eder.³

Toplu İş sözleşmesi özerkliği sınırsız değildir.Anayasa ve Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu toplu iş sözleşmesinin içeriğini belirlerken,bu sözleşmenin işçilerin ve işverenlerin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatleri ile çalışma şartlarını düzenleme amaçlı bir sözleşme olduğunu belirtmektedirler.(2822 sayılı TİSGLK m.1)Toplu iş sözleşmeleri,kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı hükümler getiremezler.İş hukukunun işçiyi

¹ Karagöz, a.g.e., s. 161; Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, 2006, s. 478

² Nizamettin Aktay, **Toplu İş Sözleşmesi**, Ankara 2000, s. 14

³ Aktay, a.g.e., s. 15

koruyucu nitelikte getirdiği emredici nitelikte düzenlemeler toplu iş sözleşmesine getirilen en önemli sınırlamalardır. Dolayısıyla bu düzenlemelerin işçinin aleyhine olarak toplu iş sözleşmesi ile değiştirilmesi mümkün değildir. Ancak işçi lehine hükümler geçerli kabul edilmektedir. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin sınırları, işçi aleyhine hükümlerde daraltılırken işçi lehine hükümlerde geniş tutulmaktadır.⁴

B. Uygulanacak Toplu İş Sözleşmesinde Cezai Şart Hükümlerinin Getirilmesi

Toplu iş sözleşmeleri iki tip hüküm ihtiva ederler. Bunlar normatif hükümler ve borç doğurucu hükümlerdir. Normatif hükümler, bir toplu iş sözleşmesinin en önemli özelliklerinden birini oluşturmakta ve bunlar objektif hukuk kuralları niteliğinde olup sözleşmenin tarafları dışında üçüncü şahıs olarak kabul edilenler üzerinde de etki gösteren ve toplu iş sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için bulunması şart olan hükümlerdir. Toplu iş sözleşmesinin bu kısmı maddi anlamda kanun kabul edilmektedir. Toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümleri ise, sözleşme tarafları üzerinde tesir eden ve Borçlar hukuku alanına giren hükümler olup bu hükümlere 3. şahısların uyma zorunlulukları yoktur.⁵

Toplu iş sözleşmesinin hangi hükümlerinin normatif hangi hükümlerinin borç doğurucu hükümler olduğu konusunda kanunda bir açıklık olmamakla birlikte genel olarak sözleşmenin hizmet akdine ilişkin, doğrudan doğruya bir ilişkisi ile ilgili olup da ihlali halinde taraflara dava hakkı veya işçiye çalışmayı reddetme hakkı veren kayıtlar, toplu iş sözleşmesinin normatif kısmı olarak kabul edilirken sözleşme tarafları olan işveren veya işveren sendikası ve işçi sendikasını ilgilendiren hükümler ise borç doğurucu hükümler olarak kabul edilmektedir.⁶

⁴ Aktay, a.g.e., s. 16-17

⁵ Aktay, a.g.e., s. 27; Karagöz, a.g.e., s. 162

⁶ Aktay, a.g.e., s. 28

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 2.maddesinin 1.fıkrasında yer bulan, “Toplu iş sözleşmesi,hizmet akdinin yapılması,muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmedir” hükmü ile toplu iş sözleşmesinin normatif kısmı belirtilirken aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan “Toplu iş sözleşmeleri ,tafların karşılıklı hak ve borçlarını,sözleşmenin uygulanması ve denetimini uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir.” hükmü ise toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümler kısmını ifade etmektedir.2822 sayılı Kanunun 6.maddesinden,hizmet akdine ilişkin hükümlerin toplu iş sözleşmelerinin asli unsuru olduğu anlaşılmaktadır.Bir toplu iş sözleşmesinin hem normatif hem borç doğurucu hükümler içermesi zorunluluğu söz konusu olmayıp borç doğurucu hükümlerin toplu iş sözleşmesinde bulunmasının şart olmadığı Kanunun ifade tarzından da(...ihtiva edebilir) anlaşılmaktadır.⁷

Sözleşme tarafları kendilerine tanınan toplu iş sözleşmesi özerkliğı çerçevesinde sözleşme hükümlerinin uygulanmasını güvence altına almak amacıyla toplu iş sözleşmesiyle cezai şart kararlaştırabilirler.Ayrıca toplu iş sözleşmelerinde,bireysel iş sözleşmelerinde işçi aleyhine cezai şart öngörülemediği veya bu tür cezai şart konulmasının sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere de yer verilebilir.Böylelikle işçi aleyhine doğabilecek sakıncalar da önlenilecektir.Uygulamada genel olarak işverenin fesih hakkını sözleşmeye aykırı olarak kullanmasının yaptırımını olarak cezai şart öngörülmekte olup,işçileri feshe karşı koruma ve iş güvencesinin sağlanması amacıyla ve özlük haklarına ilişkin olarak toplu iş sözleşmesinde bir cezai şart getirilebileceği gerek öğreti gerek yargı kararlarınca da benimsenmektedir.Ancak toplu iş sözleşmesinde yer alan cezai şartta ilişkin hükümler açık ve net bir şekilde ifade edilmediğinden yoruma ihtiyaç göstermektedir.Toplu iş sözleşmelerinin cezai şartta ilişkin hükümler içerip içermeyeceği konusunda tereddüt bulunmamakta olup,cezai şartta ilişkin

⁷ Aktay, a.g.e., s. 28-29; Karagöz, a.g.e., s. 161 vd

kayıtlar toplu iş sözleşmelerinin normatif ya da borç doğurucu hükümleri ile getirilen normların uygulanabilirliğini sağlamak amacıyla öngörülebilir.⁸

Toplu iş sözleşmesi ile getirilen cezai şart kanunda öngörülen feshe bağlanan tazminatlardan bağımsız olarak işçi tarafından talep edilebilir.Yargıtay bir kararında⁹ “Mahkemece de buradaki tazminat cezai şart olarak kabul edilmiş,ancak ihbar ve kıdem tazminatına hükmedilmiş olması nedeniyle ayrıca cezai şart gerekmeceğinden bahisle bu yöndeki isteğin reddine karar verilmiştir.Belirtmek gerekir ki,davacının ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmış olması ayrıca sözleşmedeki cezai şartı istemesine engel değildir.” demek suretiyle bu hususu dile getirmiştir.¹⁰Ancak Yargıtay daha sonraki tarihli bir başka kararında, “...davacı işçi İK 13 uyarınca kötü niyet tazminatı dışında ayrıca toplu iş sözleşmesinin 11.maddesinde öngörülen haksız fesih tazminatına karar verilmesini istemiştir.Bu son tazminat isteği de bir nevi kötü niyet tazminatı niteliğindedir.Aynı nedenden dolayı aynı türden iki tazminatın birden istenmesi mümkün değildir.” demek suretiyle aksi yönde karar vermiştir.

Cezai şart miktarının belirli ya da en azından belirlenebilir olması gerekmektedir.Taraflar cezai şart miktarını kesin olarak ya da bazı ölçütler getirerek belirlemektedirler.Uygulamada,özellikle toplu iş sözleşmelerinde miktara ilişkin olarak,aylık,günlük ücret,ihbar veya kıdem tazminatının ölçüt olarak kullanılmaktadır.Ancak kıdem tazminatının cezai şartın belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılması uygulamada birtakım problemleri de beraberinde getirmektedir.Şöyle ki kıdem tazminatına ilişkin olarak 1475 sayılı İş Kanunu m.14/13 kıdem tazminatı miktarına bir üst tavan getirmektedir.Buna göre, ‘Ancak,toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı,Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu

⁸ Karagöz, a.g.e., s. 166; Arıcı,a.g.m., s. 37

⁹ Yarg. 9. HD., 10.11.1992T., E.6312, K.12426 (Yargıtay Kararları Dergisi, Temmuz 1993, s.1014-1015 ve Usta, a.g.e., s. 969-970)

¹⁰ Süzek, a.g.m., s. 86

hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez.¹¹Üst sınırın aşılması halinde sözleşmenin tamamı değil,üst sınır aşan kısmının geçersiz sayılması gerekir.¹²Yargıtay,geçmişte verdiği bir başka kararında ise,kıdem tazminatının ölçüt alındığı sözleşme kaydını cezai şart olarak değil,kıdem tazminatı tavanını aşmaya yönelik bir hüküm olarak değerlendirmiştir.¹³

1. Normatif Hükümler ve Cezai Şart

Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin birincisi,hizmet akdinin yapılması,ikincisi hizmet akdinin muhtevası,üçüncüsü ise hizmet akdinin sona ermesiyle ilgili hükümlerdir.Hizmet akdinin kuruluşu ile ilgili hükümler genellikle şekil şartları ile ilgilidir.Eğer toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmelerinin şekline ilişkin hükümler getirilmiş ve iş sözleşmesi öngörülen şekil şartına uygun olarak yapılmamışsa,hizmet akdi geçersiz kabul edilecektir.¹⁴Nitekim Borçlar Kanunu m.16, tarafların kanunen şekle bağlı olmayan bir sözleşmeyi belirli bir şekle bağlı tutmaları durumunda bunun geçerlilik şartı olduğu hükmünü havidir.Ancak bu durum toplu iş sözleşmesinde öngörülen şekil şartının geçerlilik şartı olarak öngörüldüğü durum için geçerli olup ispat şartı olarak şekil şartının öngörüldüğü durumlarda iş sözleşmeleri şekle bağlı olarak yapılmış olmasa dahi geçerlidir.Bu hususta açıklık bulunmaması durumunda taraf iradelerinin yorumlanması,taraf iradelerinin yorumundan da bir sonuç çıkarılamaması halinde işçi lehine yorum ilkesinden hareketle öngörülen şeklin ispat şartı olarak kabul edilmesi uygun düşer.¹⁵

Toplu iş sözleşmesi ile geçerlilik şartı olarak şekil şartının öngörülmesi durumunda,çalışmamızın genel kısımlarında da üzerinde ayrıntılı olarak durduğumuz üzere cezai şart bağlı olduğu asıl sözleşmenin(borcun) kaderine

¹¹ Karagöz, a.g.e., s. 169

¹² Yarg. HGK, 18.3.1987 T., E.1987/9-5, K.206 (Karagöz, a.g.e., s. 169, dipnot 172)

¹³ Yarg. 9. HD., 19.6.1996T., E.1996/1783, K.1996/14013 (Karagöz, a.g.e., s. 170, dipnot 179)

¹⁴ Aktay,a.g.e., s. 32; Karagöz, a.g.e.,s. 162, aksine görüş için bkz. Ömer Ekmekçi: **Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi**, İstanbul 1996, s. 84

¹⁵ Karagöz, a.g.e., s. 162-163

tabi olduğundan,cezai şarta ilişkin kayıtların da yazılı olarak yapılması gerekmekte olup,aksi takdirde asıl sözleşme ile birlikte cezai şart kaydı da geçersiz olacaktır.

Muhteva normları ise,toplu iş sözleşmesinin normatif kısmının sözleşmenin muhtevasını teşkil eden hükümleri olup bunlar iş hukukunun işyerindeki çalışma şartları ile ilgili olan hükümleridir.¹⁶Muhteva hükümleri,toplu iş sözleşmesinin en önemli hükümleridir.Çünkü toplu iş sözleşmesinin asıl amacı olan işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarının korunması ve geliştirilmesine,çalışma koşullarının belirlenmesine ilişkin hükümlerin başlıcaları muhteva hükümleridir.Muhteva hükümleri,taflara hem hak hem de borçlar yüklemektedir.Toplu iş sözleşmesinin en önemli muhteva hükümleri ücrete ilişkin olanlar olup uygulamada toplu iş sözleşmelerinde rastlanan başlıca muhteva hükümleri olarak,ücret(işyeri asgari ücreti ve ücret zamları),fazla çalışma ücreti,prim ve ikramiye gibi yan ödemeler,sosyal yardımlar,izinler,çalışma süreleri ile ilgili hükümler sayılabilir.¹⁷Ücrete ilişkin olarak da ücret grupları,ücretin türü ve yüksekliği,ücretin ödenme yeri ve zamanı,ücret biçimi gibi hususlara toplu iş sözleşmesinde yer verilmektedir.

Ücrete ilişkin bu muhteva hükümlerinin uygulanmasını sağlamak ve bu hükümlerin kuvvetlendirilmesini sağlamak amacıyla cezai şart öngörülmesi mümkündür.Öngörülecek bu cezai şart miktarı,gündelik ücret esas alınarak belirlenebileceği gibi aylık ücretin belirli bir yüzdelik oranı esas alınmak suretiyle de belirlenebilir.Ayrıca ücrete ilişkin muhteva hükümleri dışında diğer muhteva hükümlerine ilişkin borçlara uygun davranılmasını sağlamak amacıyla da cezai şart öngörülmesi mümkündür.¹⁸

Ayrıca toplu iş sözleşmesinin muhteva hükümleri arasında işçinin işverene karşı uymakla yükümlü olduğu borçları da yer alabilir.İşin niteliği ve

¹⁶ Aktay, a.g.e., s. 33

¹⁷ Çelik,İş Hukuku Dersleri, s. 480; Karagöz, a.g.e., s. 163; Aktay, a.g.e., s. 34

¹⁸ Karagöz, a.g.e., s. 164

görüleceği yer, çalışma süresi, işin ifa edilmemesi veya kötü ifası halinde uygulanacak hükümler, işçinin sır saklama ve rekabet yapma yasağına ilişkin hükümler örnek olarak sayılabilir. İşçinin bu anılan borçlarına riayet etmesini sağlamak, bu borçlarını ihlali halinde işverenin uğrayacağı muhtemel zararları tazmin etmesini sağlamak amacıyla cezai şartta ilişkin kayıtlara toplu iş sözleşmesinde yer verilebilecektir.¹⁹

2822 sayılı TİSGLK' nun 2/1 hükmü, toplu iş sözleşmelerinde hizmet akdinin sona ermesi ile ilgili hükümlerin de bulunacağını belirtmektedir. Toplu iş sözleşmelerinde yer alan iş sözleşmesinin feshinde ihbar sürelerini, işten çıkarma usul ve sebeplerini, kıdem ve ihbar tazminatı hususlarını düzenleyen hükümler normatif hükümler olarak kabul edilen iş sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili hükümleri teşkil eder.²⁰ Ancak getirilen bu tür hükümlerin İş Kanununun emredici hükümlerine aykırı olmaması gerekir. İhbar sürelerinin arttırılması, işverenin fesih hakkının fesih nedenleri veya usul yönünden sınırlandırılması (feshin geçerliliğinin disiplin kurulu kararına bağlanması) uygulamada sıklıkla karşılaşılan iş akdinin sona ermesine ilişkin hükümler olup işverenin bu sınırlamalara uymaması durumunda iş sözleşmesi feshedilen işçiye belirli bir miktar cezai şart ödeyeceğinin toplu iş sözleşmelerinde öngörüldüğü görülmektedir.²¹ Ancak toplu iş sözleşmesi ile öngörülen işverenin fesih hakkını sınırlayıcı mahiyetteki hükümlerin işverenin fesih hakkını kesinlikle ortadan kaldırmaya nitelikte olmaması gerekir. Nitekim Yargıtay 9HD, 19.03.1998T., E.1998/3090, K.1998/5572 sayılı kararında, toplu iş sözleşmesinin eki niteliğindeki protokolde iş güvencesi ile ilgili maddede getirilen “..çalışan işçilerden hiç bir surette işçi çıkartılmayacaktır (Ancak 1475 sayılı İş Kanununun 17/II maddesi hükmü ve emekliliği dolan işçinin hizmet akdinin işverence fesih halleri saklıdır.) Yukarıdaki süreler içinde işveren 1475 sayılı İş Kanununun 17/II maddesi hükmü dışında işçi çıkarırsa çıkarılan her işçiye ihbar ve kıdem tazminatları dışında ayrıca 12 aylık maaş tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür” hükmünün kabul edilemez olduğunu

¹⁹ Karagöz, a.g.e., s. 164

²⁰ Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, s. 483; Aktay, a.g.e., s. 35

²¹ Karagöz, a.g.e., s. 164-165

“Mahkemece bu istek kabul edilmiş ise de, protokol kuralının geçerli olduğu kabul edilemez. Gerçekten iş hukukunun temel ilkesine göre işverenin hizmet akdinin fesih hakkını tamamen ortadan kaldıracak şekilde sözleşmeye hüküm konulamaz. Pozitif hukukumuz meşru ve makul sebeplerin bulunması halinde işverene tanınan fesih yetkisinin elinden alınamayacağını kabul eder. Bir başka anlatımla makul ve meşru sebepler mevcut olması halinde işveren ihbar tazminatını peşin ödeme koşuluyla işçinin işine son verebilir. İşçinin verimsiz çalışması, sağlık durumunun elverişsiz olması ya da işverenin ekonomik durumu bu makul ve meşru nedenler kapsamı içine girer. Somut olayda böyle bir halde dahi protokol hükmü gereğince işçinin sözleşmesi fesih edilemeyecektir ki açıklanan durum karşısında bunun kabulü olanağı yoktur. Bu durumda haksız fesih tazminatı isteğinin protokol hükmünün geçersizliği nedeni ile reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır.” demek suretiyle açıklamaktadır.²²

“İşyerinde uygulanmakta olan 01.02.1992-31.12.1994 yürürlük tarihli TİS’ nin 17.maddesinde ‘...iş yokluğu nedeniyle işten çıkarılacak işçiler hakkında işveren, sendika ile mutabık kalacaktır. Bu şekilde mutabık kalmadan işverence çıkarılan işçilere kanuni kıdem tazminatından ayrı olarak her yıl için 10 günlük ücretleri bedeli ilave tazminat verilecektir...’ kuralı öngörülmüş olup, davacı işçi bu kural uyarınca ilave tazminat isteğiyle iş bu davayı açmıştır.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davalı işveren bu kural gereğini yerine getirmeden davacı işçi ile birlikte bir kısım işçilerin de sözleşmelerini feshederek ihbar ve kıdem tazminatlarını ödemiştir. Anılan TİS kuralı davalı işverenin meşru ve makul nedenlerin bulunması halinde fesih hakkını ortadan kaldıracak nitelikte bir hüküm olarak nitelendirilemez. Ancak, sözleşmede belirtilen fesih nedeni gerçekleştiği takdirde sendika bilgilendirilmek suretiyle feshin zamanı çıkarılacak işçilerin sayısı ve nitelikleri dikkate alınarak bir taraftan makul ve adil biçimde fesih yoluna gidilmesi, diğer taraftan da işçilerin

²² Aktay, a.g.e., s. 35-36, dipnot 51

mümkün mertebe işsiz kalmalarının önlenmesi amacı güdülmüştür.Böyle olunca söz konusu hükmün cezai şart olarak nitelendirilmesi doğru olur.Mahkemece bu konuda yeterince inceleme irdelene yapılmamıştır.Fakat ortaya çıkan bu durum karşısında Borçlar Kanununun 161/son maddesinin kapsamı içerisinde değerlendirme yapılarak fahiş görüldüğü takdirde bu cezai şartın indirilmesi düşünülmelidir.

Hüküm altına alınan miktar için fesih tarihinden faiz yürütülmesi hatalıdır.Davacı işçi davalıya daha önce temerrüde düşürmediği takdirde faiz başlangıcı olarak dava tarihi esas alınmalıdır.”²³

Toplu iş sözleşmesinin normatif kısmının yorumu hususunda sözleşmelere ilişkin yorum kuralları mı yoksa kanunlara ilişkin yorum kurallarının mı uygulanacağı hususunda öğretide tam bir görüş birliği bulunmamaktadır.Bir görüş,sözleşmelerin yorumuna ilişkin kuralların uygulanması gerektiğini söylerken bir başka görüş,normatif hükümlerin objektif hukuk kuralları niteliğinde olması nedeniyle kanun hükümlerinin yorumuna ilişkin ilkelerin esas alınması gerektiğini belirtmektedir.Üçüncü bir görüşe göre ise,normatif hükümlerin yorumunda öncelikle sözleşme metninin esas alınması gerekmektedir.Bunun için de sözleşme metninin açık ve anlaşılır kaleme alınması gerekmektedir.Ancak bu yorum tarzı kullanılırken normatif hükümlerin de taraf iradelerinin sonucu olduğu düşünülerek tarafların gerçek iradesi göz ardı edilmeyerek ortak iradelerinin araştırılması gerekmektedir.Yargıtay’da kimi kararlarında²⁴ tarafların gerçek iradesinin araştırılması gerektiğini vurgulamıştır.Şüphe durumunda toplu iş sözleşmesinin amacı dikkate alınarak işçi lehine yorum yapılabilir.²⁵

2. Borç Doğurucu Hükümler ve Cezai Şart

²³ Yarg. 9. HD. ,24.11.1997T., 1997/14466E.-1997/19523K (Günay, **İş Hukuku Yeni İş Yasaları**, s. 765)

²⁴ Yarg. 9. HD., 4.3.1993T., E.1747, K.3559 (Karagöz, a.g.e., s. 167, dipnot 166) ve aynı yönde Yarg. 9. HD., 24.9.2001 T., E.2001/15268, K.2001/14427 (**Çimento İşveren**, Ocak 2002, s. 49-52)

²⁵ Karagöz,a.g.e., s. 167

2822 sayılı TİSGLK m.2/II' ye göre,toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını,sözleşmenin kendisinin denetim ve uygulamasını ve uyuşmazlık çıkması halinde başvurulacak yolları da düzenleyebilir.Borç doğurucu hükümlerin normatif hükümlerden farkı,toplu iş sözleşmesinde yer alması bakımından mecburi nitelikte olmamasıdır.Bu tür hükümlerin en önemli özelliği,sadece tarafları bağlaması ve taraflar için hak ve borç doğurmasıdır.Sözleşme ile bağlı olan işçi ve işverene karşı ileri sürülemezler.²⁶

Borç doğurucu hükümlerin içeriğine ilişkin olarak kanun herhangi bir düzenleme içermediğinden taraflar sözleşme serbestisi çerçevesinde çeşitli borçlar öngörebilirler.Borç doğurucu hükümlerden tarafların karşılıklı hak ve borçlarına ilişkin hükümlere uygulamadan örnek olarak,işçiler için lojman yapmak,yardım sandıkları ve vakıflar kurmak,ücretli tatil için fon kurmak,toplu iş sözleşmesinden doğan çalışma şartlarını belirli zamanlarda kontrol etmek,işyeri sendika temsilcilerinin sendikal faaliyeti için oda tahsis etmek,işyerinde delege seçimlerinin yapılmasına izin vermek ,sendika yöneticilerinin işyerini ziyaretine ve işyerinde seminer yapılmasına izin vermek ,işyeri ilan tahtalarına ilişkin hükümler sayılabilir.²⁷

Tarafların toplu iş sözleşmesinden doğan karşılıklı borçlarından en önemlisi 'dirlik' borcu olarak da bilinen karşılıklı çalışma düzeninin,barışının sağlanması borcudur.Toplu iş sözleşmesinin devamı müddetince taraflar işyeri düzeninin bozulmasına neden olacak davranışlardan kaçınmalıdırlar.²⁸

Taraflar toplu iş sözleşmesi özerkliğinin bir gereği olarak borç doğurucu hükümleri serbestçe belirleyecekleri gibi bu hükümlerin

²⁶ Karagöz,a.g.e., s. 165, Yarg. 9. HD., 04.11.1966T., E.9797, K.10261, "Toplu iş sözleşmesine konan tahkim şartı, sendika ile taraf işvereni ilgilendirir. Toplu iş sözleşmesi ile tanınan haklarını talep eden işçinin mahkemeye başvurmasına engel olmaz" (Aktay, a.g.e., s. 36-37, dipnot 57)

²⁷ Aktay,a.g.e., s. 38

²⁸ Aktay,a.g.e., s. 38; Çelik, **İş Hukuku Dersleri**,s. 484; Karagöz, a.g.e., s. 166

uygulanabilirliğini sağlamak amacıyla da cezai şart kayıtları getirebileceklerdir.²⁹

Toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümlerinin yorumlanmasında, diğer sözleşme türlerinin yorumlanmasında olduğu gibi Borçlar Kanunu m.18'in uygulanması gerektiği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

II.TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDE YER ALAN CEZAI ŞART HÜKÜMLERİNİN İŞ SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ

A.Normatif Etki

Toplu iş sözleşmelerinin hizmet akdi ile ilgisini düzenleyen TİSGLK'nun 6.maddesine göre, "Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz.Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır.Hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır.

Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir.

Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar,hizmet akdi hükmü olarak devam eder."

Toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmelerine etkisinden söz ederken sadece maddi anlamda kanun sayılan sözleşmenin normatif hükümleri söz konusu olmaktadır.Borç doğurucu hükümlerin bu anlamda iş sözleşmeleri üzerinde bir etkisi yoktur.

²⁹ Günay,Cezai Şart, s. 94-95; Karagöz,a.g.e., s. 166

Toplu iş sözleşmelerinin hizmet akitleri üzerindeki etkisi doğrudan doğruya ve emredici nitelikte olup bu anlamda tarafların rızasına bakılmaz.Toplu iş sözleşmelerine normatif etki tanınması ile,sözleşmenin yapılması esnasında var olan hizmet akitlerinin sonradan sözleşmeye aykırı olarak değiştirilmesinin önlenmesi,sözleşmeye aykırı yeni hizmet akitlerinin yapılmaması,toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin emredici etkisini bertaraf etmek için hizmet akitlerine sözleşmeye karşı hile teşkil eden şartların konulmasının engellenmesi sağlanmış olacak ve sözleşmenin yapılması sırasında varolan hizmet akitlerinde,toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerin varlığı halinde bunlar uygulanmayacaktır.³⁰

B.Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Üzerinde İş Sözleşmesi İle Hak Getirilmesi ve Cezai Şart

1.Genel Olarak İş Sözleşmeleriyle Toplu İş Sözleşmelerinin Üzerinde Getirilen Hakların Geçerliliği Sorunu

2822 sayılı TİSGLK' nun6/2.maddesine göre, 'Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir.'Yararlılık ilkesi ya da öğretide işçi lehine şart ilkesi olarak da ifade edilen bu hüküm,iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmelerine aykırı olmakla birlikte işçi yararına olan hükümleri geçerliliğini sürdüreceğini ifade etmektedir.Bu hükümle toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin zorlayıcı etkisi sınırlandırılmaktadır.³¹Toplu iş sözleşmesi ile getirilen hükümler asgari olarak kabul edilip,bunların daha üzerinde iş sözleşmeleri ile hükümler getirilmişse,bunlar da geçerli sayılacaktır.³²

İşçi lehine şart ilkesinin uygulanmasında iş sözleşmesinin önce ya da sonra yapılmış olmasının önemi yoktur.Öte yandan işçi lehine şart ilkesi emredici hukuk kuralı mahiyetinde olduğundan buna aykırı düzenlemelerin yapılması mümkün değildir.Bu surette işçiler lehine olmayan toplu iş

³⁰ Aktay, a.g.e., s. 80

³¹ Karagöz, a.g.e., s. 171

³² Aktay,a.g.e., s. 81

sözleşmesinin uygulanma yeteneği kalmamaktadır.Bu ilke sayesinde bir taraftan toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinin işçi aleyhine olan hükümlerinin uygulanması engellenmekte,diğer yandan işçi yararına olan hükümlerin uygulanmaya devam edilmesi sağlanmış olmaktadır.

Yargıtay 9HD,20.12.1984T.,E.1984/11778,K.1984/11829 sayılı kararında,aynı konuda iş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesinde düzenleme bulunması halinde,iş sözleşmesinin süresi içerisinde sadece sözleşme hükmünün uygulanması,diğerlerinin uygulanmaması,aradaki farkın gerektiği,herhalde ikisinin birlikte uygulanamayacağı yönünde karar vermiştir.³³

2.Cezai Şartın İş Sözleşmesi İle Değiştirilmesi Sorunu

Yararlılık bir başka deyişle işçi lehine şart ilkesi,aynı konulara ilişkin olarak iş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesinin düzenlemeler içermesi yani aynı konuya ilişkin hükümlerin çatışması durumunda söz konusu olabilir.Bu nedenle işçinin cezai şartla ilgili toplu iş sözleşmesi hükümleri karşısında,bireysel iş sözleşmesinde düzenleme olmadığından bahisle işçi lehine şart ilkesine dayanarak şartları gerçekleşen cezai şartı ödemekten kaçınması mümkün değildir.Bu ilkenin cezai şart yönünden uygulanması,benzer sözleşmeye aykırılık halleri açısından toplu iş sözleşmesinde,bireysel iş sözleşmesinden daha fazla miktarda cezai şart ödenmesinin öngörülmesi halinde söz konusu olur.Nitekim işçinin aynı hususta bireysel iş sözleşmesiyle öngörülen daha az miktarı içeren cezai şartı ödemesi menfaatinedir.³⁴

Ayrıca benzer sözleşmeye aykırılık hallerine ilişkin olarak işveren aleyhinde toplu iş sözleşmesinde bireysel iş sözleşmesine göre daha fazla

³³ Aynı yönde Yarg. 9. HD 27.12.1984T., E.1984/11868, K.12106 (Karagöz,a.g.e., s. 172, dipnot 192 ve Aktay,a.g.e., s. 81 ve dipnot 17) Yargıtay 9.HD., 7.11.2000T., E.2000/12078, K.2000/15528 sayılı kararında da, toplu iş sözleşmesinde öngörülen ağırlaştırılmış kötü niyet tazminatına hükmedilmesi halinde, İş Kanununda öngörülen kötü niyet tazminatına hükmedilmemesi gerektiğine hükmetmiştir. (Karagöz, a.g.e.,s. 172, dipnot 192)

³⁴ Karagöz,a.g.e., s. 172

miktarda cezai şart öngörülmesi halinde,işçi toplu iş sözleşmesinde daha fazla miktarda öngörülen cezai şartı isteyebilir.Fakat benzer sözleşmeye aykırılık halleri açısından hem bireysel iş sözleşmesi hem de toplu iş sözleşmesiyle öngörülen cezai şart miktarını birden taraflar talep edemezler.Aksinin kabul edilmesi halinde bu durum işverenin aynı nedenle iki defa ödeme yapması sonucunu doğurur.Bireysel iş sözleşmesinde aynı sözleşmeye aykırılık hallerine ilişkin olarak birden fazla cezai şart öngörülmesi halinde de aynı durum söz konusudur.³⁵

“Aynı eylem sebebiyle iki ayrı cezai şartın hüküm altına alınması doğru değildir.Taraflar arasındaki sözleşmenin 3/c ve 7.maddelerinde düzenlenen cezai şartın haksız fesih halinde istenebileceği hüküm altına alınmıştır.Davacının hizmet akdi haklı bir neden bulunmadığı halde işveren tarafından verilen eğitim sonucu 1 yıl süre geçmeden feshedildiğine göre sözleşmenin 7.maddesinde düzenlenen cezai şartın hüküm altına alınması ile yetinilmeli 3/c maddesine dayalı cezai şartın ise reddine karar verilmelidir.”³⁶

“Dosyadaki bilgi ve belgelere göre;davalının teknolojik nedenlerle davacı işçinin iş akdini feshettiği ve davacının da aynı nedenden dolayı işyerinde uygulanmakta olan TİS.nin 35.maddesine göre cezai şart isteğinde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Davacı açmış olduğu bu dava ile,aynı TİS.nin 11.maddesine dayanarak iş akdinin makul ve meşru olmayan bir nedenle sona erdirildiğini ileri sürerek bu maddede öngörülen cezai şart talebinde bulunmuştur.Aynı fesih nedenine dayanılarak iki ayrı cezai şart isteğinde bulunulamaz.Zira her iki isteğin ileri sürülmesi çelişkili davranışı oluşturur.Davacı önceki dava ile teknolojik nedenle işten çıkarılmasını kabul ettiğine göre,ikinci bir dava ile

³⁵ Karagöz,a.g.e., s. 172-173

³⁶ Yarg. 9. HD., 9.11.1999T, E.1999/13768, K.1999/16929 (Karagöz, a.g.e.,s. 173 ve dipnot 194 ve Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s. 1065)

başka bir nedene dayanarak alacak isteyemez.Bu çelişkili durum dikkate alınmaksızın hüküm kurulmuş olması isabetsiz olup,bozmayı gerektirmiştir.”³⁷

Toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin yarışması söz konusu olduğunda hangi sözleşme hükmünün işçi yararına olduğu belirlenirken bir bütün olarak toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi esas olarak alınmaz.Her ikisinin hükümleri ayrıştırılarak hangi hüküm işçi lehine ise onun uygulanmasına karar verilir. Hangi hükmün işçi lehine olduğu konusunda objektif ölçüler esas alınır.Bununla beraber,çatışan bireysel ve toplu iş sözleşmelerinden hangisinin lehe olduğu hususu şüpheyi yer bırakmayacak şekilde belirlenemiyorsa,toplu iş sözleşmesi hükümlerinin asgari norm olduğu düşüncesinden hareket edilerek toplu iş sözleşmesi lehine karar verilebilir.³⁸

C.Süresi Sona Eren Toplu İş Sözleşmelerinin Etkisi ve Cezai Şart

TİSGLK’ nun m.6/III hükmüne göre,her ne surette olursa olsun süresi sona eren toplu iş sözleşmelerinin hizmet akdine ilişkin hükümlerinin yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder.Bu hüküm ile,eski toplu iş sözleşmesi bitmiş yenisi henüz yürürlüğe girmemiş iş yerlerinde ortaya çıkacak muhtemel hukuki uyuşmazlıkların önlenmesi olup bu durumda iş sözleşmelerinin sadece normatif hükümleri yürürlüklerini devam ettireceklerdir.Borç doğurucu hükümler ise yürürlükten kalkacaktır.Ayrıca bu hüküm toplu iş sözleşmesinin sona ermesi sırasında var olan iş sözleşmelerini etkileyecek olup toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra yapılan iş sözleşmelerini etkilemez.³⁹

Daha önce de vurgulandığı üzere,toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri de hizmet akdinin yapılması,muhtevası ve sona ermesine ilişkin hükümler olarak 3’e ayrılır.Hizmet akdinin yapılması ve muhtevasına ilişkin hükümler devam etmekle beraber hizmet akdinin yapılmasına ilişkin

³⁷ Yarg. 9. HD., 9.3.1995T., 1994/17598E., 1995/6903K. (Kılıçoğlu, **İş Kanunu Şerhi**,1999, s. 1048)

³⁸ Karagöz, a.g.e., s. 173; Aktay, a.g.e., s. 82

³⁹ Aktay, a.g.e., s. 82; Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, s. 519

hükümlerin de süresi sona eren toplu iş sözleşmesi ile ortadan kalkacağını kabul etmenin uygun olacağı kabul edilmektedir.⁴⁰

Toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra taraflar hizmet akdi hükmü haline gelen hükümler üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahip olduklarından isterlerse hizmet akdi hükmü haline gelmiş hükümleri diledikleri gibi değiştirebilecekleri gibi yeni hizmet akitleri de yapabilirler.⁴¹

Süresi sona eren toplu iş sözleşmelerinin hizmet akdine ilişkin hükümlerinin hizmet akdi hükmü olarak devam etmesi tarafların serbest iradeleriyle akdedilmiş toplu iş sözleşmeleri kadar teşmil edilmiş toplu iş sözleşmeleri ile Yüksek Hakem Kurulu tarafından yürürlüğe konulmuş toplu iş sözleşmeleri hükümleri için de geçerlidir.⁴²

III. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNE HAKİMİN MÜDAHALESİ VE CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Değişen ekonomik durumlar çalışma koşullarını ve bu arada toplu iş sözleşmelerini etkiler. Sözleşme tarafları, durumun gerektirdiği değişiklikleri yapabilirler. Ancak toplu iş sözleşmesine hakim tarafından müdahale edilip edilemeyeceği, değişen ekonomik şartlara uyarlanıp uyarlanamayacağı asıl sorunu teşkil etmektedir.

Borçlar Hukukunda kabul edilen 'ahde vefa(pacta sunt servanda)' ilkesi gereğince, sözleşmede veya kanunda başka bir hüküm bulunmadıkça, tarafların sözleşmeden doğan edimlerini sözleşmeye uygun olarak ifa etmeleri beklenir. Ancak bazen sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan kimi olaylar(savaş, devalüasyon, ekonomik kriz v.s) nedeniyle taraflar arasındaki denge, taraflardan birinin buna katlanmasının

⁴⁰ Aktay, a.g.e., s. 82

⁴¹ Aktay, a.g.e., s. 83

⁴² Aktay, a.g.e., s. 83

istenemeyeceği şekilde bozulmuş olabilir.Bu durumlarla ilgili olarak ‘beklenmeyen hal şartı(clausula rebus sic stantibus) diye adlandırılarak ortaya atılan ve beklenmeyen hal şartını ‘işlem temeli’ denilen objektif bir dayanağa kavuşturan görüş,önceden öngörülemez ve sözleşmesel ilişkide taraflar arasındaki dengeyi taraflardan biri için katlanılamaz ölçüde bozan bir durumun ortaya çıkması yani işlem temelinin çökmesi halinde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması veya feshedilebilmesi gerektiğini belirtmektedir.Bu durumla ilgili olarak,Türk Borçlar Kanununda istisna sözleşmesine ilişkin 365/II hükmü dışında bir düzenleme bulunmamaktadır.Ancak ortaya atılan bir görüşe göre,sorunun çözümünde temel ilke MK m.2 dürüstlük kuralı olup,sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan durum nedeniyle sözleşmenin ifasının talebi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ederse,borçlu sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını veya feshini talep edebilir.⁴³

Borçlar Hukukunda kabul edilen sonucun diğer sözleşme türlerinden farklılık gösteren toplu iş sözleşmesi bakımından geçerli olup olmayacağı konusu,özellikle ekonomik krizin söz konusu olduğu zamanlarda sözleşmenin ücret zamlarıyla ilgili muhteva hükümleri açısından büyük önem taşır.Yargıtay 9.Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu,konu ile ilgili olarak açılan çeşitli davalarda verdiği kararlarında,sözleşmeye bağlılık ilkesini genel olarak benimsemekle birlikte,Borçlar Hukukunda varılan sonucun yani taraflar arasındaki sözleşmenin işlem temelinin çökmesi,sözleşmenin imzalanmasından sonra meydana gelen ve ülke çapında ekonomik bunalım yaratan olumsuz gelişmeler nedeniyle işverenin müzayaka içine düşmesi ve taraflar için öngörülen edimler dengesinin bozulması ve borcun ifasının talebinin dürüstlük kuralına aykırı olması halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ilkesinin,toplu iş sözleşmesine de uygulanabileceği görüşünü kabul etmektedir.⁴⁴

⁴³ Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, s. 544-545; Aktay, a.g.e., s. 136 vd

⁴⁴ Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, s. 546-547; Aktay, a.g.e., s. 138

Yargıtay'ın söz konusu kararları,diğer sözleşme türleri bakımından geçerli olan değişen şartlara uyarlama ilkesinin toplu iş sözleşmesi yönünden benimsenemeyeceği,çünkü 2822 sayılı Kanunun 2/f.1 maddesinin,sözleşme taraflarına emredici hukuk kuralları koyabilme hak ve yetkisi verdiğini,toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin objektif hukuk kuralları,maddi anlamda kanun hükmü niteliğinde olduğu,bu hak ve yetkinin de Anayasa ile sağlanan toplu iş sözleşmesi yapma özerkliğinden kaynaklandığı,toplu iş sözleşmesi ile getirilen normatif kuralların sonradan değişen koşullara uyup uymadığını tespit ve bunların değişen koşullara uydurulması hak ve yetkisinin sözleşme taraflarına ait olduğu,hakimin bu konuda karar verebileceğinin kabulünün,toplu iş sözleşmesi özerkliğine müdahale ve hakimin toplu iş sözleşmesi kuralı koyması anlamını taşıyacağı,bunun da toplu iş sözleşmesi özerkliğine aykırılık teşkil edeceği noktalarında eleştirilmektedir.⁴⁵

Aşırı cezai şartın tenkisine dair emredici nitelik taşıyan BK m.161/III hükmü ile toplu iş sözleşmesi ile cezai şart öngörülmesi ve bunun aşırılığı halinde toplu iş sözleşmesi özerkliği nedeniyle,toplu iş sözleşmesi ile getirilen cezai şartın tenkis edilebilip edilemeyeceği hususu doktrinde tartışma konusudur.Bu hususta ortaya atılan görüşleri inceleyecek olursak;

B.Cezai Şartın Tenkisi İle İlgili Görüşler

1.Tenkisi Reddeden Görüş

Bu görüş savunucularının başında SÜZEK gelmekte olup,görüşlerini toplu iş sözleşmesi özerkliği ve dolayısıyla tarafların toplu iş sözleşmesiyle normatif ve borç doğurucu hükümler koyabilecekleri esasına dayandırmaktadır.Toplu iş sözleşmeleri,klasik sözleşmelerden ayrı tutulmalıdır.Toplu iş sözleşmesiyle getirilen hükümler,ancak Anayasa ve 2822 sayılı TİSGLK m.5' te belirtilen ilkelere ve iş hukukunun mutlak emredici hükümlerine aykırılık halinde geçersiz olup bunlar herhangi bir sözleşme hükmü niteliğinde olmayıp toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde

⁴⁵ Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, s. 546; Aktay, a.g.e., s. 138-139

oluşturulan maddi hukuk kuralları niteliğindedir. Bir toplu iş sözleşmesi hükmünün hem cezai şart niteliği hem de normatif nitelik taşımasına engel yoktur. Burada fesih hakkını sınırlayan kurallara aykırı davranış için toplu iş sözleşmesi ile normatif nitelik taşıyan bir cezai şart veya götürü tazminat öngörülmektedir. Bu özellikler nedeniyle toplu iş sözleşmesinde öngörülen cezai şart hükümleri, 2822 sayılı Kanunun 5. maddesine uygun oldukları takdirde hakim müdahalesi dışında kalırlar ve hakim BK m. 161/son gereğince tenkis yetkisini kullanmasına engel teşkil ederler. Cezai şartın indirilmesinin kabulü, Anayasal toplu iş sözleşmesi özerkliğine kabul edilmez bir müdahale niteliği taşır. Ayrıca toplu iş sözleşmesi tarafları bireysel iş sözleşmelerinden farklı olarak eşit durumda olduklarından tenkisin temel gerekçelerinden birini oluşturan ekonomik ve sosyal yönden zayıf olanın korunması düşüncesi geçerliliğini yitirmektedir. Bu nedenlerle hakim tarafından indirim tabi tutulamazlar.⁴⁶

Ayrıca BATTAL ve BAŞBUĞ'a göre, işverenin tacir olması halinde basiretli bir iş adamı gibi davranma ilkesinin bir sonucu olarak TTK m. 24/II hükmü gereğince, işçisi ile arasındaki ilişki ticari işletmesi ile ilgili ticari iş niteliği taşıdığından ve ayrıca işveren tüzelkişi tacirse, adi iş-ticari iş ayrımı olmaksızın bütün eylemleri ticari iş niteliğinde olduğundan, hakim BK m. 161/son gereğince indirim yapmamalı, işveren de indirim talep edememelidir.⁴⁷

2. Tenkisi Kabul Eden Görüş

Bu görüş, aşırı olması halinde toplu iş sözleşmesiyle öngörülen cezai şartın hakim tarafından indirilebilmesini mümkün kabul eder. Çünkü bu görüş sahiplerine göre, iş sözleşmesinin konusuna ilişkin bir düzenleme söz konusu olduğundan cezai şarta ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri normatif nitelik taşır ve dolayısıyla toplu iş sözleşmesi ile getirilen yükümlülüklerle riayet edilmediği takdirde uygulanacak olan cezai şart kayıtları da normatif nitelik

⁴⁶ Süzek, a.g.m., s. 87-88

⁴⁷ Battal, a.g.m., s. 20 v.d; Başbuğ, a.g.m., s. 256

taşıır.Bu nedenle koşulların varlığı halinde toplu iş sözleşmesi ile öngörülen cezai şart da indirilebilmelidir.⁴⁸Ancak fahiş cezai şartın tenkisi ile normatif etki ayrı değerlendirilmelidir.Öte yandan bu görüş sahiplerine göre,bireysel iş sözleşmeleri ile getirilen cezai şart hükümleri ile toplu iş sözleşmeleri ile getirilen cezai şart kayıtları arasında nitelik farkı bulunduğu dikkate alınarak hakim tenkis ölçüsünde ve dolayısıyla toplu iş sözleşmesi ile öngörülen cezai şartın indirilmesinde daha sınırlı davranabilir ve daha az şiddetli indirim gidebilir.Çünkü bireysel iş sözleşmesinin aksine toplu iş sözleşmesinde tarafların eşit oldukları kabul edilir.⁴⁹Ayrıca bazı bu görüş sahiplerine göre,toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri kanunun imkan tanıdığı sınırlar içinde etki gösterebilir ve hakim BK m.161/son fıkrası gereğince fahiş gördüğü cezaları indirmekle mükelleftir.⁵⁰

3.Yargıtay Uygulaması

Yargıtay sözleşmeye aykırılık halleri bakımından öngörülen tazminata ilişkin hükümleri,tazminat olarak tavsif edilmesine bakmaksızın genellikle cezai şart kabul etmektedir.Yargıtay'ın konuyla ilgili kararlarına baktığımızda,toplu iş sözleşmesinde yer verilen, 'bu maddeye aykırı olarak işten çıkartılanların kıdem tazminatları iki kat fazlasıyla ödenir.', 'işveren işçinin haklı neden olmaksızın işten çıkarılması halinde toplu iş sözleşmesi ile öngörülen,ihbar ve kıdem tazminatı haklarına ek olarak ayrıca her yıl için bir maaş tutarında tazminat öder', 'işverenin toplu iş sözleşmesinde öngörülen prosedüre uymaksızın toplu işçi çıkarması halinde,işten çıkarılan işçilere yedi aylık ücreti tutarında tazminat öder', 'iş yokluğu nedeniyle işten çıkarılacak işçiler hakkında işveren,sendika ile mutabık kalacaktır.Aksi takdirde işçilere,kanuni kıdem tazminatından ayrı olarak,her yıl için on günlük ücreti tutarında ilave tazminat verilecektir.', 'Tenkiset ve 1475 sayılı Kanunun 17/2.maddesine göre iş akdi feshedilenlerin dışında,işçinin iş akdinin feshi halinde işveren işçiye 12 maaş giydirilmiş brüt kötü niyet tazminatı öder',

⁴⁸ Arıcı,a.g.m., s. 37

⁴⁹ Karagöz, a.g.e., s. 174; Süzek, a.g.m., s. 87

⁵⁰ Mollamahmutoğlu, a.g.e., , s .656

‘....uyulmadığı takdirde,işçinin ihbar ve kıdem tazminatları üç kat olarak ödenir.Şu kadar ki,bu ödeme işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olamaz’ hükümleri cezai şart olarak kabul ettiğini ve aşırı olması halinde tenkis edilmesi gerektiğine hükmettiğini görmekteyiz.⁵¹Oysaki öğretide bir görüşe göre,yargı kararlarında cezai şart olarak nitelenen sözleşme hükümleri teknik anlamda cezai şartın öğelerini taşımadığından,bu tür bir ödeme,tazminat niteliği taşıyacağından tazminata ilişkin hükümlere tabi olur.⁵²

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere,Yargıtay kararlarında,fahiş görüldüğü takdirde hakim tarafından toplu iş sözleşmeleri ile öngörülen cezai şarttan BK m.161/son fıkra uyarınca indirim yapılması gerektiği ifade edilmektedir.⁵³Yargıtay’ın konuya ilişkin görüşü,Yargıtay 9 HD’ nin ,6.7.1998 tarih,E.1998/9969,K.1998/11770 sayılı kararına şu şekilde yansımıştır: “İşverenin toplu iş sözleşmesinde yer alan tazminatlı fesih hakkını hatalı kullanarak sözleşme hükümlerine uymaması disiplin kuruluna götürmemesi anılan sözleşmenin 33/2-b maddesine göre işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olamayacak şekilde,ihbar ve kıdem tazminatının üç katı tutarında cezai şartla sorumlu tutulmasını gerektirir.İş güvencesi getirmek amacıyla düzenlenen ve işverenin yönetim hakkını ortadan kaldırmayan bu cezai şart fahiş görüldüğünden Borçlar Kanununun 161/3 maddesi uyarınca tenkise tabi tutulacağı da doğaldır.”⁵⁴Ayrıca Yargıtay,işveren tacir niteliği taşısa dahi,toplu iş sözleşmesinden doğan cezai şart fahiş ise,indirim yapılması gerektiği görüşündedir.⁵⁵

4857 sayılı İş Kanunu m.34’e göre,gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır.TİSGLK m.61’e göre ise,ücret alacağı toplu iş sözleşmesinden kaynaklanıyorsa,bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi uygulanır.Tarafların bireysel veya

⁵¹ Karagöz,a.g.e., s. 169 - 170 ve ilgili kararlar için dipnot. 173-178, Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 652

⁵² Kılıçoğlu, Şenocak, **İş Kanunu Şerhi**, s. 1124

⁵³ Yarg. 9. HD., 17.1.1991T., E.1990/9306, K.1991/207; Yarg. 9. HD., 24.9.1992 T., E.1992/3164, K.1992/10375 (Erdem Özdemir : “İş Hukukunda Cezai Şart”, **AÜEHFD**, C. IX, S. 3-4 (2005), s. 406

⁵⁴ Karagöz, a.g.e., s. 174-175

⁵⁵ bkz. yukarıda Cezai Şartın Tenkisi Sorunu başlığı altında 1997 tarihli HGK kararı ve yapılan açıklamalar.

toplu iş sözleşmesi ile ücretin geç ödenmesi halinde,gecikilen her gün için ücretin belirli bir yüzdesinin arttırılması suretiyle ödeneceğini kararlaştırmaları mümkündür.Yargıtay bu tür sözleşme hükümlerini cezai şart olarak nitelendirmekte ve fahiş olması durumunda hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmasını engellemek amacıyla indirim tabi tutulması gerektiğine hükmetmektedir.⁵⁶

“İşyerinde uygulanmakta olan TİS’ nin 83/b maddesinde yer alan ‘Bu TİS’ nin yenisi yapılıncaya kadar disiplin cetveli dışında hiçbir şekilde işçi işten çıkarılamaz.Çıkartıldığı takdirde işveren kanunların,yasaların ve TİS hükümlerinden doğan yasal haklar dışında 24 aylık maaşı ve ihbar önelinin 5 katı tutarında cezai tazminat öder’ biçimindeki kural ceza şartı içerdiği için,buna göre bu madde uyarınca hüküm altına alınan miktarların,BK’ nun 161-son maddesi uyarınca değerlendirmeye tabi tutularak tenkis yoluna gidilmemiş olması hatalıdır.”⁵⁷

“

İşyerinde uygulanan TİS.’nin 28.maddesinde öngörülen giydirilmiş ücretin 18 aylık tutarından oluşan miktar mahkemenin de belirttiği üzere cezai şart niteliğindedir.Bilirkişi tarafından hesaplanan bu miktar 4.088.544.660 TL. gibi yüksek bir meblağ olup BK’ nun 161/son’a göre %20 indirim çok azdır,daha yüksek oranda bir indirim yapılmak suretiyle kararın bozulması gerekmiştir.”⁵⁸

“ ...

Mahkemece Toplu İş Sözleşmesinin 16.maddesinde öngörülen tazminat hüküm altına alınmış ise de bunun bir cezai şart niteliğinde olduğu

⁵⁶ Karagöz,a.g.e., s. 176

⁵⁷ Yarg. 9. HD., 2.7.1997T., E.10354, K.13382 (Usta, a.g.e., s. 968)

⁵⁸ Yarg. 9. HD., 14.2.2001 T., 2000/19003E.-2001/2680K (Akyiğit,a.g.e., s. 226-227)

düşünülmeksizin Borçlar Kanunu 161/son maddesi uyarınca indirim yapılmaması hatalıdır.Gerçekten öngörülen tazminat miktarı çok fazladır.”⁵⁹

“...TİS'nin iş güvencesi tazminatı olarak kıdem tazminatı tavanının 10 katı tutarında öngördüğü tazminat aşırı olup,BK.161 uyarınca indirime tabi tutulmalıdır.”⁶⁰

“İşyeri sendika temsilciliğinin sendikanın yetkisinin sona ermesinden itibaren geçerli olmayacağı kabul edilerek ücret,sosyal haklar bu tarihe kadar hesaplanmalıdır.

TİS'nin 14'üncü maddesinde 'kötü niyet tazminatı' şeklinde isimlendirilen tazminat niteliği itibarıyla cezai şart olarak kabul edilmelidir.Böyle olunca BK'nın 161/son maddesi uygulanarak gerekli indirim yapılmalı ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.”⁶¹

“Davacı hizmet akdinin davalı Belediye tarafından haksız ve keyfi olarak feshedildiğini ileri sürerek TİS.nin 16.maddesinde öngörülen iş güvencesi ödeneğinin tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.Gerçekten TİS.nin 16.maddesinde 'işyerlerinde çalışmakta olan işçiler keyfi olarak ve haksız bir sebepten dolayı gerek bireysel ve gerekse toplu şekilde işten çıkartılamayacağı aksi halde 12 aylık tutarında iş güvencesi ödeneği ödeneceği öngörülmüştür.Mahkemece bu istek kabul edilmiştir.Ne var ki bu istek kabul edilirken TİS.nin bu maddesindeki unsurların gerçekleşip gerçekleşmediği ve ayrıca davalı belediyenin savunmaları üzerinde durulmadan anılan isteğin kabulü hatalıdır.Kaldı ki bu istek haklı olsa dahi BK.nun 161/son maddesi göz önünde tutulmak sureti ile hüküm kurulmalıdır.....”⁶²

⁵⁹ Yarg. 9.HD., 13.3.2002T., 2002/3672E.-2002/4040K (Akyiğit, **Emsal Kararlar**, s. 530-531)

⁶⁰ Yarg. 9.HD., 31.5.2001T., 2001/6112E.-2001/9195K (Akyiğit, **Emsal Kararlar**, s. 543-544)

⁶¹ Yarg. 9. HD., 28.11.1996T., 1996/13301 E.-1996/22173K. (Ekinci,**Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, s. 348-349)

⁶² Yarg. 9. HD., 8.3.2000T., E.2000/3274.-K.2000/279 (Günay, **İş Kanunu Şerhi**, s. 1060)

“Taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinin 9.maddesinde ‘işçi,iş bu sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren iki yıl süre ile başka bir şarap firmasında her ne unvan altında olursa olsun çalışamaz.Kendisi adına veya üçüncü şahıslar adına şarap,üretim,dağıtım,pazarlama ve satışı işini yapamaz.TTK hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu yasağa aykırı davranılması halinde işçi kayıtsız ve şartsız olarak 500.000.000 TL ödeyecektir’ denilmektedir.Davacı işveren nezdinde davalı işçi satış elemanı olarak çalışmış olup,bir süre sonra kendi isteği ile işyerinden ayrılmış,yine şarapçılık konusunda faaliyette bulunan DOLUCA Şarapçılık A.Ş’ne ait işyerinde tanıtma ve pazarlama elemanı olarak işyerinde çalışmaya başlamıştır.

Davacının bu davranışı Borçlar Kanununun 348 ve müteakip maddeleri doğrultusunda ferdi hizmet sözleşmesindeki rekabet memnuniyetine aykırı davranışı oluşturur.Ne var ki sözleşmede öngörülen cezai şart miktarı çok fahiş olup Borçlar Kanununun 161/son maddesi uyarınca gerekli indirim yapılarak hakkaniyete uygun bir miktara hükmedilmelidir.

Yazılı şekilde hatalı değerlendirme ile isteğin reddine karar verilmiş olması isabetsiz görülmüştür.”⁶³

“

Mahkemece,davaya konu 40.000 USD cezai şart isteğinin kabulüne karar verilmiştir.Borçlar Kanununun 161/son maddesi uyarınca,hakim,fahiş gördüğü cezai şartı indirmekle yükümlüdür.Cezai şartın rekabet yasağı sözleşmesinden doğmuş olması,indirim yapılması gereğini ortadan kaldıran bir durum değildir.Mahkemece indirime gidilmemiş olması hatalı olup,kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.”⁶⁴

4.Görüşlerin Değerlendirilmesi

⁶³ Yarg. 9. HD., 29.05.1997T., 1997/6252E.-1997/10506K. (Mustafa Kılıçoğlu ,İş Kanunu Şerhi, 1999, s. 1043)

⁶⁴ Yarg. 9. HD., 5.10.2004 gün, 2004/23807E., 2004/22055K (Karar yayınlanmamıştır.)

Fahiş cezai şartın tenkisine dair BK m.161/3 hükmü emredici nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla tarafların toplu iş sözleşmesi özerkliğine de dayalı olsa emredici nitelikteki hükümleri sözleşme yoluyla ortadan kaldırmaları mümkün değildir.

Toplu iş sözleşmesi taraflarının diğer sözleşme türlerinden farklı olarak eşit pazarlık gücüne sahip olmaları sebebiyle, toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde kararlaştırmış oldukları cezai şartın indirimine tabi tutulamaması gerektiğine dair düşünceye katılmıyoruz. İndirime ilişkin BK m.161/3 hükmü için öncelikle güçlü alacaklı karşısında zayıf konumda olan borçlunun korunması ön planda olmakla beraber cezai şartın indirilebilmesi için tek şart cezai şartın fahiş olması olup tarafların ekonomik durumları aşırılığın belirlenmesinde kullanılabilecek ölçütlerden sadece birisidir. Bu görüşün kabul edilmesi halinde sözleşme taraflarının ekonomik ve sosyal olarak eşit olması halinde aşırı cezai şartın indirilmemesi gerektiği sonucu ortaya çıkar. Bunun da kabulü mümkün değildir.⁶⁵ Ayrıca toplu iş sözleşmesi ile sadece işveren aleyhine değil, işçinin sözleşmeyi feshi açısından da fahiş cezai şart öngörülebileceği dikkate alındığında indirimin gerekliliği önem taşımaktadır.

Tacirlerin ticari işlerde basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün sonucu olarak fahiş cezai şartın tenkisini isteyemeyeceklerinin TTK m.24' de hüküm altına alındığını belirtmiştik. Ancak kararlaştırılan cezai şart miktarının tacirin mahvına, ekonomik geleceğinin sarsılmasına neden olacak derecede fahiş olması halinde indirimine tabi tutulabileceği hatta hükümsüz sayılabileceği hem öğreti hem de yargı kararlarında benimsenmiştir. Bu tür toplu iş sözleşmesi hükümlerinin de indirimine konu olması mümkün görünmektedir.⁶⁶

⁶⁵ Karagöz, A.g.e., s. 176

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda Cezai Şartın Tenkisi Sorunu başlığı altında Yarg. HGK., 15.10.1997T., 1997/9-486E.-1997/822K sayılı kararı.

Neticeten, somut olayın gösterdiği özellikler de dikkate alındığında, toplu iş sözleşmesinin de niteliği itibariyle bir sözleşme olması ve mevcut hukuk düzeninin bir parçası olması temelini hakkaniyet ve dürüstlük kuralında bulan BK m.161/son hükmünün uygulanmasını gerektirmesi bakımından toplu iş sözleşmesi ile öngörülen cezai şart da fahiş olduğu durumda indirilebilmelidir. Ancak, hakim indirim yaparken aşırılığın belirlenmesinde cezai şartla ilişkin kayıtların toplu iş sözleşmesi hükmü olduğunu dolayısıyla taraf iradelerine daha özenli müdahale edilmesi gerektiğini göz önüne almalı ve bu hususta titiz davranmalıdır.

SONUÇ

Çalışmamızda saptadığımız esaslı noktalar ve vardığımız sonuçları şu şekilde özetleyebiliriz:

Cezai şart müessesesi, Borçlar Kanununun Genel Hükümler kısmında 'Borçların Nev' ileri' başlığını taşıyan dördüncü bab' da düzenlenmiştir. (BK m.158-161) Borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde ödemeyi taahhüt ettiği, asıl borca bağlı bir yan edim niteliği taşıyan cezai şartın, borçlu üzerinde psikolojik baskı yapmak ve onu ifaya zorlamak suretiyle asıl borcun ifasını teminat altına alması, borcun yerine getirilmemesinden doğacak muhtemel zararın önceden ve götürü yolla tespit edilmesi ve kararlaştırılmış olan cezai şartı ödemek suretiyle borçlunun borçtan kurtulma imkanının sağlanması olmak üzere üç temel işlevi bulunmaktadır. Cezai şartın varlığı için, geçerli bir asıl borcun bulunması, cezai şart olarak asıl borçtan ayrı bir edim kararlaştırılmış olması ve cezai şartın asıl borca bağlı bulunması gerekmektedir.

Cezai şarta bağlanacak borçların başında hukuki işlemde, özellikle de sözleşmeden doğan borçlar gelir. Dolayısıyla öncelikle sözleşmeler alanında uygulama alanı bulacak cezai şartın iş sözleşmelerinde uygulanmasına dair yasaklayıcı bir hüküm mevcut olmadığından sözleşmeye aykırı davranışların engellenmesi, sözleşmenin yerine getirilmesi ile sözleşmenin ihlali halinde uğranılması muhtemel zararların teminat altına alınması amacıyla İş Hukukunun kendine özel niteliği, emredici hükümleri ve işçiyi koruma ilkesi göz ardı edilmeksizin iş sözleşmelerinde de cezai şart kararlaştırılabilecektir.

Öğretideki çoğu görüş ve Yargıtay içtihatları, kural olarak işçi aleyhine tek taraflı olarak cezai şart öngörülemediği, bu durumda öngörülen cezai şartın geçersiz olduğu yönündedir. Ancak bu durum pratik ihtiyaçlara her zaman cevap verebilecek nitelikte değildir. Cezai şartın geçerliliğinin tek taraflı veya iki taraflı öngörülmesine bağlanması yerine, birtakım esaslar ve İş hukukunun özel karakteri dikkate alınmak suretiyle cezai şartın hakim

tarafından somut uyuşmazlıklarda denetlenmesinin sağlanması kanaatimizce daha yerinde bir uygulama olacaktır.

Uygulamada cezai şart özellikle belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haksız feshi hali için öngörülmektedir. Belirli süreli iş sözleşmeleri İş Kanunu m.11/2 hükmü gereğince, esaslı nedenlere dayanmadığı takdirde birden fazla üst üste yapılamaz. Esaslı nedenlere dayanmayan zincirleme iş sözleşmeleri, baştan itibaren belirsiz süreli sayılacağından, süresinden önce haksız feshe bağlı olarak öngörülen cezai şart da geçersiz olacaktır. Ancak sözleşme süresiyle bağlantılı olmayan cezai şarta ilişkin hükümler varlığını koruyacaktır.

Cezai şart kararlaştırmak suretiyle işçinin fesih hakkı tek taraflı ve aşırı bir ölçüde sınırlandırılmaz. Ancak sözleşmede tek taraflı cezai şart belirlenmiş olması, tek başına işçinin fesih hakkının tek başına ve aşırı olarak sınırlandırıldığı anlamına gelmez. Belirli süreli iş sözleşmesinin feshi açısından işçi aleyhine cezai şart kararlaştırılmış olması tek taraflı sınırlandırma olarak değerlendirilmemelidir.

Cezai şart yolu ile işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı da sınırlandırılabilir. Bu daha ziyade haklı nedenlerin niteliklerinin belirlenmesi, uygulama alanının daraltılması veya feshin belirli prosedüre bağlanması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu tür sınırlandırmalara aykırı olarak iş sözleşmesinin işverence feshi, cezai şartın muacceliyeti için yeterlidir. Ancak iş sözleşmesinde feshe bağlı olarak öngörülen cezai şartın muacceliyeti, iş sözleşmesinin haklı bir sebep olmaksızın feshedilmiş olmasına bağlı olduğundan, aleyhine cezai şart öngörülen taraf iş sözleşmesini haklı sebeple feshetmişse, cezai şartın ifası talep edilemez. Ancak iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine neden olan tarafın cezai şart ödeyeceği yönünde tarafların sözleşmede açıkça kararlaştırmada bulunmaları da mümkündür. Ancak söz konusu hususun sadece İş Kanunu m.24/II ve 25/II' de belirtilen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller açısından söz konusu olduğunun kabulü gerekmektedir.

İş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şartın miktarı, hangi sözleşmeye aykırılık hallerinde muaccel olacağı sözleşmede açıkça belirlenmelidir. Cezai şarta ilişkin açık olmayan kayıtların yorumlanmasında işçi lehine yorum tarzı benimsenmelidir.

İfası cezai şartla güvence altına alınmak istenen yükümlülüğün, iş ilişkilerinde esaslı nitelikte olması gerekmektedir.

Cezai şart miktarının belirlenmesinde taraflar kural olarak serbest olmakla birlikte, özellikle iş sözleşmesinde öngörülen cezai şartın sözleşmeye aykırılığın ağırlığıyla orantılı olması gerekir. Ancak cezai şartın aşırı olması tek başına cezai şartın geçersizliğini gerektirmemektedir. Bu durum cezai şartın tenkisini gerektirmekte olup, bu yetki ve yükümlülük hakime aittir.

Cezai şart, iş sözleşmesinde işçinin sadece kusurlu olarak sözleşmeye aykırılık hali için öngörülebilir. Dolayısıyla kusursuz işçinin de cezai şart ödeyeceği yönündeki hükümler geçersizdir.

Cezai şartla birlikte işverenin aynı zamanda ve ayrıca uğradığı zararı da işçiden talep edebileceği yönündeki kararlaştırmalar da işverenin haksız zenginleşmesi sonucunu doğuracağından geçersizdir.

Cezai şart miktarının kesin bir miktar olarak belirlenmesi gerekmemekte, belirlenebilir olması gerekmektedir. Bireysel ve toplu iş sözleşmelerinde, genellikle işçinin aylık ücreti esas alınmak suretiyle cezai şart öngörüldüğünü görmekteyiz. Aksine kararlaştırma olmadığı müddetçe bu ücretin çıplak ücret olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde taraflar sözleşme hükümlerinin uygulanmasını temin amacı ile toplu iş sözleşmesi ile cezai şart kararlaştırabilmektedirler. Toplu iş sözleşmesi ile özellikle özlük haklarına ve iş güvencesi sağlamaya yönelik hükümlerin uygulanmasına ilişkin hususlarda cezai şart öngörülmektedir. Taraflar sözleşmede kullandıkları deyim ve terimleri açıkça cezai şart olarak belirtmeseler de söz konusu kayıtlar, Yargıtay tarafından cezai şart olarak kabul edilmektedir. Bireysel ve toplu iş

sözleşmesinin aynı sözleşmeye aykırılık haline ilişkin olarak cezai şart içermesi halinde bunlardan sadece işçi yararına olanı uygulanır.

Cezai şartın fahiş olması durumunda hakim, indirim yapabilecektir. BK m.161/3 hükmü, bu hususta hakime yükümlülük getirmiştir. Cezai şartın aşırı olup olmadığı belirlenirken, işçinin ekonomik durumu, kusurunun ağırlığı gibi ölçütler dikkate alınabilir. Toplu iş sözleşmesinde öngörülen cezai şartın da aşırılığı halinde tenkise tabi tutulması mümkündür. Ancak hakim cezai şarttan indirim yaparken borçlu üzerinde psikolojik baskı yapmak suretiyle ifaya zorlama fonksiyonunu, toplu iş sözleşmesinde ise, cezai şarta ilişkin kaydın toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde bir toplu iş sözleşmesi hükmü olduğunu göz önüne almalıdır.

Eğitim giderlerinin geri ödenmesi veya eğitim giderleri karşılığı işçinin belirli süreyle işyerine bağlanmasının sağlanması amacıyla da cezai şart kararlaştırılabilir. Ancak işverenin eğitim giderlerini üstlenmesi, tek başına cezai şart öngörülmesi açısından yeterli değildir. Herşeyden önce bu yönde bir sözleşme hükmünün bulunması gerekmektedir. Eğitimin niteliği, kapsamı, süresi ve eğitim giderlerinin miktarı, cezai şart miktarı ve bağlanma süresi açısından belirleyici olacaktır. Bunun haricinde geri ödeme kayıtları ile birlikte ayrıca cezai şart öngörülmesi de mümkündür.

İşçi, işverenin yanında çalıştığı sürede işverenin mesleki sırlarını ve müşteri çevresini öğrenmiş olacağından, iş ilişkisinin bitmesinden sonra öğrendiği bu bilgilerle işverenin zarar görmesine sebep olabilir. İşveren bu zararı bertaraf etmek için işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi yapabilir ve bu sözleşmeden beklenen faydayı elde edebilmek için de sözleşmede cezai şart kararlaştırabilirler. Ancak cezai şartın geçerliliği, rekabet yasağı sözleşmesinin BK m.348 vd' da belirtilen esaslara uygun yapılması şartına bağlıdır.

Nihayet halen Borçlar Kanununda tanzim edilmiş ve ifadesini bulan cezai şart hükümleri İş Hukuku alanındaki gelişmelere ayak uyduramadığından salt İş Hukuku açısından cezai şart hükümleri getirilmesi kanaatimizce uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

AKTAY, Nizamettin; **Toplu İş Sözleşmesi**, Ankara, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, 2000

AKYİĞİT, Ercan; **İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001

AKYİĞİT, Ercan; **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları**, 2001-2003 Arasına Ait Seçkin Kararlar, İstanbul, C.1, Seçkin Yayıncılık, 2003

AKYİĞİT, Ercan; **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, Birinci Cilt, Ankara,Seçkin Yayıncılık, 2008

ALPAGUT, Gülsevil; Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2001, Ankara, 2003

ARICI, Kadir; “Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.I, S.I, Haziran 1997, s.31 vd

ARSEBÜK, Esat; **Borçlar Hukuku** , Ankara, Arkadaş Yayınevi, 1943

BAŞBUĞ, Aydın; “Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim”, **Kamu-İş, Prof. Dr. Kamil Turan’a Armağan**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2003, s. 240 vd

BATTAL, Ahmet; “Tacirin İş Kanunu’ na Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi? (Karar İncelemesi)” **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi**, C.XX, Sa.2, Yıl 1999, s.15 vd

BİLGE, Necip; **Cezai Şart**, Esat Arsebük' e Armağan'dan ayrı bası, Ankara, 1957

BİNATLI, Yusuf Z.; **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 1978

ÇELİK, Nuri; "İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman' a Armağan**, Ankara, 1997, s.219 vd

ÇELİK, Nuri; **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2006

EKİNCİ, Hüseyin; "Cezai Şart, Zarar İlişkisi ve Cezai Şartın Sona Ermesi", **Adalet Dergisi**, Ocak 2002, s. 97-119

EKİNCİ, Hüseyin; **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004

EKMEKÇİ, Ömer; **Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi**, İstanbul, Yılmaz Ajans Özel Bası, 1996

EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 11.Baskı, 2009

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, Cilt-II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2.Bası, 1977

GÜNAY, Cevdet İlhan; **Cezai Şart (BK m.158-161)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002

GÜNAY, Cevdet; **İş Hukuku Yeni İş Yasaları**, Ankara, Yetkin yayınları, 2004

GÜNAY,Cevdet; **İş Kanunu Şerhi, Cilt I (Madde 1-32), Açıklama, Yargı Kararları, İlgili Mevzuat**, Ankara, Yetkin yayınları, 2005

GÜNAY, Cevdet İlhan; **İş Davaları**, Ankara, Yetkin yayınları, 2008

İMRE , Zahit / ERMAN, Hasan; **Miras Hukuku**, 5.Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2004

KANIK, Tahir; “Cezai Şart”, **Adalet Dergisi**, Yıl:41, Sayı: 8, Ağustos 1950, s.1071-1082

KARAGÖZ, Veli; **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, Ankara, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, 2006

KARAHASAN, Mustafa Reşit; **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat 2**, İstanbul, 2003

KARAHASAN, Mustafa Reşit; **Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk**, 2003

KILIÇOĞLU, Ahmet; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008

KILIÇOĞLU, Mustafa; **İş Kanunu Şerhi, Açıklamalar – Kararlar - İlgili Mevzuat**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1999

KILIÇOĞLU, Mustafa; **4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Öğreti - Yargıtay Kararları Federal Mahkeme Kararları Açıklama ve Yorum**, Ankara, Ayhan Yayıncılık, 2005

KILIÇOĞLU, Mustafa , ŞENOCAK, Kemal; **İş Kanunu Şerhi**, İstanbul, Cilt 2, 15.05.2008 Tarih ve 5763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Yeni İçtihatlarla Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Legal yayıncılık,2008

KOCAAĞA, Köksal; **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; **İş Hukuku (Genel Kavramlar - Bireysel İş İlişkileri)**, Ankara, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3.Baskı, Kasım 2008

OĞUZMAN, Kemal / Öz Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006

OLGAÇ, Senai; **İlmi ve Kazai İçtihatlarla Borçlar Kanunu**, İstanbul,Cilt:2, İsmail Akgün Matbaası, 1976

ÖNEN, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara Ağustos 1999

ÖZDEMİR, Erdem; “İş Hukukunda Cezai Şart”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IX, S.3-4 (2005), s.403-416

REİSOĞLU, Safa; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Basım yayın Dağıtım, Ondokuzuncu Bası, 2006

SAYMEN, Ferit H / ELBİR, Halid K.; **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1966

SOYER, M. Polat; “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, **Kamu-İş**, C.5, S.3, Nisan 2000, s.363 vd

SOYER, M. Polat; **Genel İş Koşulları**, İstanbul, Basisen, 1987

SOYER, M. Polat; **Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, Ankara,1994

SOYER, M. Polat; “Karar İncelemesi”, **Çimento İşveren**, Eylül 2000, s.19 vd

SÜMER, Haluk Hadi; “Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları”, **TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt: 12, Şubat 1992, Sayı: 8, s.4

SÜZEK, Sarper; “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, **Kamu-İş, Yargıç Dr . Aydın Özkul’ a Armağan**, C.6, S: 4/2002, s.73 vd

TAYLAN, Taylan; “Ödencel Eklenti Sözleşme: Ceza Koşulu”, **Yasa Hukuk Dergisi**, 1978, S.1, s.47-55

TEKİNAY, Selahattin, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla; **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul Yeniden Gözden Geçirilmiş 7.Bası, Beta Yayınları, 1993

TUNÇOMAĞ, Kenan; **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, Baha Matbaası, 1963

TUNÇOMAĞ, Kenan; **Borçlar Hukuku, I. Cilt Genel Hükümler**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972

UÇAR, Salter; **Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması**, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 1993

USTA, Osman; **İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminatlar ve Uygulamaları**,Ankara,1998

UYGUR, Tanju; “Cezai Şartın Tenkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Kasım - Aralık 1975, s. 816 vd

UYGUR, Turgut; **Açıklamalı - İctihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler**, Ankara,II. Cilt,Seçkin yayıncılık, 1990

UYGUR, Turgut; **Açıklamalı - İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Cilt 4 (madde 109-213)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003

ÖZET

BULUT, Nazlı. İş Hukukunda Cezai Şart, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalında aldığım yüksek lisans eğitimim sonunda tez çalışması olarak “İş Hukukunda Cezai Şart” konusunu ele aldım.

Cezai şart kurumu, Borçlar Kanunumuzun 158-161. maddeleri arasında tanzim edilmiş olup, cezai şart, mevcut bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi halinde ödenmek üzere asıl borcu kuvvetlendirmek amacı ile kararlaştırılan, asıl borca bağımlı fer’i nitelikte mali değeri haiz bir edimdir.

Sözleşmeler alanında uygulama alanına sahip cezai şart kurumunun iş sözleşmelerinde yer almasını kısıtlayan bir hüküm mevzuatta yer almamakta olup özellikle son zamanlarda bu tarz kayıtlara bireysel ve toplu iş sözleşmelerinde sıkça yer verildiğini görmekteyiz. Elbetteki İş Hukukunun kendine özgü yapısına uygun düştüğü ölçüde iş sözleşmelerinde de cezai kararlaştırılması mümkündür. Tezin amacı, bu tarz kayıtların bireysel ve toplu iş sözleşmelerindeki uygulamasını anlatmaktır. Bu çerçevede tezde öncelikle genel anlamda cezai şart konusuna değinildikten sonra cezai şart kurumunun iş hukukundaki yeri ve uygulaması anlatılmıştır.

İş hukukunda cezai şart uygulamasının amacı da, her şeyden önce diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi tarafların iş sözleşmesinden doğan borçlarını sözleşmeye uygun olarak yerine getirmelerini sağlamak ve sözleşmenin süresinden evvel haksız olarak feshini engellemektir. Öte yandan uygulamada en sık karşılaşılan örneklerinden biri de, işçisini belirli bir süre mesleki eğitime tabi tutan ve bu suretle büyük masraflar yapan işverenlerin bu tarz işçilerini işyerine bağlamak amacıyla yaptığı masraflar karşılığında sözleşmeye geri ödeme kayıtları veya cezai şart öngörmeleri durumudur. Yargıtay bu durumda kural olarak cezai şartın geçerliliği için iki taraflı öngörülmesi koşulunu aramamaktadır.

İş mevzuatında iş sözleşmelerine konulacak cezai şart kayıtlarına dair düzenleyici bir hüküm mevcut olmadığından, bu kayıtların hangi koşullar altında geçerliliğine dair içtihatlar uygulamada Yüksek Yargıtayca getirilmiştir. Elbetteki bu koşullar işveren karşısında ekonomik yönden zayıf ve sömürülmeye açık konumda bulunan işçiyi koruyucu motifler içeren İş Hukukunun kendine özgü niteliği dikkate alınarak belirlenmektedir. Yargıtay, iş sözleşmelerindeki cezai şart kayıtlarının geçerliliğini kural olarak işçi aleyhine tek taraflı olarak öngörülmemesi ve her iki taraf için de öngörülmesi şartına bağlı tutmuştur.

Toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde toplu iş sözleşmeleri ile de cezai şart kararlaştırmak mümkündür. Uygulamada da özlük haklarına ve iş güvencesi sağlamaya yönelik hükümlerin uygulanmasını temin için cezai şart kararlaştırılmaktadır. Gerek bireysel gerek toplu iş sözleşmelerine konulan cezai şartın fahiş olması halinde hakim tarafından tenkisi hem öğreti hem Yargıtayca benimsenmiştir.

Anahtar Sözcükler

1. Haksız fesih
2. İş güvencesi
3. İşçi aleyhine tek taraflı veya karşılıklı öngörülme
4. Eğitim giderleri karşılığı cezai şart veya geri ödeme kayıtları
5. Tenkis

ABSTRACT

BULUT, Nazlı. The Charges of Contract in Labour Law, Dissertation, Ankara 2010

This dissertation focuses on “The Charges of Contract in Labour Law” upon my postgraduate studies in Gazi University, Institute of Social Sciences Department of Private Law (the Law of Labour and Social Security)

The charges of Contract has been enacted between the 158th and 161st articles of the Law of Obligations. The charges of Contract is a payment which is agreed by the contract and is supposed to be payed when the action is not done or is partly done. It urges people to fulfill their obligations from the contract.

The charges of Contract is applied in the field of contracts. There is not any articles in the current law restraining the charges of contract to be applied in job contracts. However, recently, we see that they have been applied in private and collective agreements. Of course, it can be applied in job contracts if it is suitable for the structure of Labour Law. The aim of this dissertation is to explain the applications of the charges of contract in private and collective job contracts. In this frame, firstly, the charges of contract is generally analysed and secondly the applications in Labour Law is analysed.

The aim of the charges of contract in Labour Law is to make people fulfill their obligations from job contracts conveniently like the other types of contracts and to prevent them from unjustly abolishing the contract before the deadline. On the other hand, one of the examples seen in the application procedure is the employers who give professional education to their employees and makes a lot of expenses for this education, and agree on the charges of contract or the repayment of these expenses in the job contracts in order to make their workers stay in their business. In this condition, the Supreme Court does not look for an agreement for both sides for the validity of the charges of contract.

Because there is no article regulating the charges of contracts in job contracts in the current labour law, the decisions about under which conditions these charges are valid, are made by the Supreme Court. Of course, these conditions are determined by taking the private structure of the Labour Law in to consideration including articles protecting the employees who are economically weak and exposed to exploitation. The Supreme Court stipulates the validity of the charges of contract in job contracts on condition that is agreed for both sides, not for one side only in the disadvantage of the workers.

It is possible to decide on the charges of contract in collective job contracts in the frame of the authority of the collective job contracts. In practice, the charges of contract are decided in the collective job contracts for the articles that ensure providing personal rights and job guarantee. In the case of an overcharge of the charges of contracts in both private and collective job contracts, the Supreme Court and the doctrine agree on a discount by the judge.

Key Words

1. Unjust abolishment
2. Job guarantee
3. One sided agreement in the disadvantage of the worker or mutual agreement
4. The charges of contract for the education expenses or repayment charges.
5. Discount

