

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İŞ SÖZLEŞMESİNDE
EĞİTİM GİDERLERİ KARŞILIĞI KARARLAŞTIRILAN CEZAI
ŞART KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİ**

FİLİZ KOZAK

Danışman
DOÇ. DR. MUSTAFA ALP

2009

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinde Eğitim Giderleri Karşılığı Kararlaştırılan Cezai Şart Kayıtlarının Geçerliliği**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

FİLİZ KOZAK

İmza

YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Filiz Kozak
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programı : Özel Hukuk
Tez Konusu : Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinde Eğitim Giderleri Karşılığı Kararlaştırılan Cezai Şart Kayıtlarının Geçerliliği
Sınav Tarihi ve Saati :...../...../.....

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliği'nin 18. maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA O OY BİRLİĞİ O
DÜZELTİLMESİNE O* OY ÇOKLUĞU O
REDDİNE O**
ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***
Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir. Evet
Tez mevcut hali ile basılabilir. O
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir. O
Tezin basımı gerekliliği yoktur. O

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

..... Başarılı Düzeltme Red

..... Başarılı Düzeltme Red

..... Başarılı Düzeltme Red

ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinde Kararlaştırılan Eğitim Gideri
Cezai Şartın Geçerliliği
Filiz KOZAK

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

İşveren gelişen teknolojiye ayak uydurmak amacıyla işçiyi eğitime tabi tutarak bu eğitimden sonra işçiyi işyerine bağlamak için cezai şart belirleyebilir. İşçinin tabi olduğu eğitim nedeni ile çeşitli masraflar yapar. İşçi ise eğitim ile birlikte daha kalifiye hale gelir ve daha yüksek ücretle iş bulma imkânına kavuşur. İşverenin yaptığı masraflar nedeni ile kalifiye hale gelen işçiyi işyerine belli bir süre bağlı tutmak da haklı menfaati vardır. İşçinin mesleki yararları ile işverenin ekonomik menfaatlerinin karşılıklı dengelenmesi için eğitim giderleri karşılığı olan cezai şart hükümlerinin içerik denetimine tabi tutulması gerekir. Bu durumda cezai şart tek taraflı olsa da belli bir nedene dayandığı için geçerli olacaktır. Cezai şartın denetimi konusunda; işverenin menfaatleri, işçinin mesleki yararları, eğitimin niteliği ve uzunluğu, işçi için öngörülen bağlanma süresinin katlanılabilir olup olmadığı ve bu sürenin eğitimle orantılı olup olmadığı araştırılması gerekir. Bunların yanında cezai şartın muaccel hale gelmesi için iş sözleşmesinin işçi tarafından sebepsiz yere ya da işçinin kusuruna yüklenebilen bir hal nedeni ile işveren tarafından sona erdirilmesi gereklidir.

Cezai şart kural olarak zarardan bağımsızdır. Ancak eğitim gideri karşılığı cezai şart hükmü kararlaştırılması halinde işverenin zarar miktarını ispatlaması aranmaktadır. İşçinin çalıştığı ve çalışılması gereken süreler oranlanarak işçinin sorumlu olması gereken miktar belirlenecektir. İşverenin

ispatladığı masraf miktarının fahiş olması halinde ise hâkim re'sen Borçlar Kanunu 161/3 maddesine göre cezai şart miktarını indirecektir.

Anahtar Kelimeler: İş Sözleşmesi, Cezai Şart, Eğitim Gideri, Zarar, İçerik Denetimi.

ABSTRACT
Master Thesis
Validity and Control Of the Penal Clause At The Service Contract
In the Light of Supreme Court Decisions
Filiz KOZAK

Dokuz Eylül University
Institute Of Social Sciences
Department Of Private Law
Private Law Master Program

Employer, in order to keeps pace with evolving technology, subject worker to training and after this training can identify penal clause, for to connect worker to the workplace. He goes to various expense because of worker is subject to training. Worker becomes more skilled with the training and get chance higher wage employment opportunities with the regains. Employer has justified interests to keep qualified worker connected workplace for some time because of its costs. The money for education expenses of the provisions of penal clause should be subject to content control for mutual balancing economic interests of workers and professional benefits of the employer. In this case, even if unilateral punitive conditions are based on a specific reason will prevail. Concerning penal clause control; interests of the employer, the worker's occupational benefits, the quality of education and length of and whether this length is proportional with training should be investigated. Besides these penal clause to become due, job contrat has to be finished by workers unreasonably or by employer because of a case can be installed in the worker's fault.

As a rule penal clause is independent from loss. However, employer has to prove the amount of loss, in case of training expense money be agreed in terms of penal clause provisions . The periods of the work that worker should be up and running proportion; in this way the amount of the worker's responsibility is determined. In case of the amount of the expense which has

proved by the employer is exorbitant; judge decreases the amount of the penal clause per se according to the provisions of the article 161/3 of the Obligation Law.

Keywords: Service contract, Penal Clause, Education Expenditures, Loss, Content Control.

**YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İŞ SÖZLEŞMESİNDE EĞİTİM
GİDERLERİ KARŞILIĞI KARARLAŞTIRILAN CEZAI ŞART
KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİ**

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	II
YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI	III
ÖZET	IV
ABSTRACT	VI
İÇİNDEKİLER	VIII
KISALTMALAR	XIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZAI ŞART

I. CEZAI ŞART KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE TÜRLERİ.....	3
A. Genel Olarak Cezai Şart.....	3
B. Cezai Şartın Tanımı Ve Hukuki Niteliği.....	3
C. Cezai Şartın Unsurları	6
1. Asıl Borcun Varlığı.....	6
2. Asıl Borç Yanında Ayrı, Bağımsız ve Ekonomik Değer Taşıyan Bir Edimin Bulunması.....	7
3. Ayrı Ve Bağımsız Borcun Asıl Borca Bağlı Bulunması.....	8
4. Ayrı Ve Bağımsız Borcun Sağlararası Bir Hukuki İşlem İle Öngörölmüş Olması	10
D. Ceza Şartın Türleri	11
1. Seçimlik Cezai Şart.....	11
2. İfaya Eklenen Cezai Şart.....	12
3. İfa Yerine Geçen Cezai Şart.....	13
II. CEZAI ŞART ZARAR İLİŞKİSİ	14
A. Genel Olarak	14
B. Cezai Şartı Aşan Zararın İstenebilmesi için Gerekli Şartlar	15

1. Genel Olarak	15
2. Cezai Şartı Aşan Zararın İstenebilmesi için Gerekli Şartlar	16
a. Kusur	16
b. Cezaî şart miktarını aşan bir zararın varlığı	17
c. İlliyet bağı	17
d. Kusur ve Zararın İspatı	17
C. Cezaî şartın indirilmesi.....	22
1. Genel olarak	22
2. Cezaî şartın indirilmesi için gerekli şartlar	23
a. Geçerli Bir Cezai Şart Sözleşmesinin Varlığı	23
b. Cezaî Şartın Muaccel Olması.....	23
c. Cezaî şartın aşırı miktarın yüksek olması	24
aa. Alacaklının menfaatleri	24
bb. Borçlunun Kusurunun Ağırılığı	25
cc. Borca Aykırılığın Ağırılığı	25
dd. Tarafların Ekonomik Durumu.....	26
d. Borçlunun indirme talebinde bulunması	26
e. Cezai Şart İfa Edilmemiş Olmalıdır	27
3. İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi.....	27
III. CEZAI ŞARTIN MUACCEL OLMASI	30
A. Asıl Borcun Muaccel Olması	30
B. Asıl Borcun İfa Edilmemesi Veya Gereği Gibi İfa Edilmemesi	31
C. Borçlunun Kusuru	31
IV. CEZAI ŞARTIN SONA ERMESİ	32

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART KARARLAŞTIRILMASI

I. İŞ SÖZLEŞMESİNDE CEZAI ŞART	33
A. Genel Olarak	33
B. Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Cezai Şart	33
1. Belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı ve unsurları	33
2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Ceza Şart.....	35

C. Zincirleme İş Sözleşmesinde Cezai Şart	38
1. Zincirleme İş Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları.....	38
2. Zincirleme İş Sözleşmesinde Cezai Şart.....	41
D. Deneme Süreli İş Sözleşmesinde Cezai Şart.....	42
1. Deneme Süreli İş Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları	42
2. Deneme Süreli İş Sözleşmesinde Cezai Şart.....	43
II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDE CEZAI ŞART	44
A. Normatif Hükümler ve Cezai Şart.....	46
B. Borç Doğurucu Hükümler ve Cezai Şart.....	48
C. Toplu İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezai Şart Hükümlerinin Yorumlanması	49
D. Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Cezai Şart Hükümlerinin Yorumunda Yargıtay'ın Görüşü	52
E. Toplu İş Sözleşmesinde Öngörülen Cezai Şartın İndirilmesi.....	55
III. İÇYÖNETMELİK HÜKÜMLERİ VE İŞYERİ UYGULAMALARI İLE CEZAI ŞART ÖNGÖRÜLMESİ	58
A. İşyeri İç Yönetmeliklerinde Cezai.....	59
B. İşyeri Uygulamalarında Cezai Şart.....	61
IV. İŞ SÖZLEŞMESİNİN VE CEZAI ŞARTIN GEÇERSİZLİĞİ	63
A. Geçersizliğin İş ilişkisi Yönünden Sonuçları	64
B. Geçersizliğin Cezai Şart Yönünden Sonuçları	65
C. İş sözleşmesinin İptali ve Cezai Şart	67
V. FESİH HAKKININ SINIRLANDIRILMASI VE CEZAI ŞART İLİŞKİSİ	70
A. Genel Olarak Fesih Hakkı	70
B. Fesih Hakkının Cezai Şart İle Sınırlandırılması	71
1. Haklı Sebep Fesih Hakkının Sınırlandırılması.....	72
2. Süreli Fesih Hakkının Sınırlandırılması.....	74
C. Fesih Hakkının Disiplin Kurulu Kararı ile Sınırlandırılması	75
VI. İŞ SÖZLEŞMESİNDE TEK TARAFLI İŞÇİ ALEYHİNE CEZAI ŞART KARARLAŞTIRILMASI.....	77
A. Tek Taraflı Cezai Şart	77
B. İki Taraflı Cezai Şart ve Geçerlilik Koşulları.....	78

1. Cezai Şartın Muacceliyet Sebepleri Yönünden Tarafların Denkliği.....	79
2. Cezai Şartın Miktarı Yönünden Tarafların Denkliği	81

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNDE CEZAI ŞART KARARLAŞTIRILAN ÖZEL DURUMLAR

I. EĞİTİM GİDERLERİ KARŞILIĞI CEZAI ŞART VE DENETİMİ	82
A. Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart Kararlandırılması	82
B. Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şartın Tek Taraflı olup Olmadığı Sorunu .	85
C. Eğitim Giderleri Karşılığı Olarak Cezai Şartın Denetimi	88
1. Genel Olarak	88
2. Cezai Şartın İçerik Denetimi	90
a. İşverenin Haklı Menfaati.....	92
b. İşçinin Elde Ettiği Menfaatler	92
c. Cezai Şarta Uyması İşçiden Beklenebilir Olmalı.....	93
aa. Eğitimin Süresi	93
bb. Bağlanma Süresi	95
cc. Eğitimin Niteliği	95
dd. Geri Ödenecek Miktar Ve İspatı	97
aaa. Genel Olarak	97
bbb. İşçinin eğitim süresinde aldığı ücret	101
ccc. Yeni İşverenin Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şarttan Sorumluluğu	103
ddd. Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şartın İndirilmesi	104
eee. Faiz	105
fff. Geri Ödenecek Miktarın İspatı.....	107
ggg. Bilirkişi İncelemesi	109
C. Cezai Şartı Ödeme Yükümlülüğün Gerçekleşme Anı.....	110
1. İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshedilmesi	111
a. İşçinin süreli fesih bildirimini ile sözleşmeyi feshetmesi.....	112
b. İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshetmesi.....	113
2. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi	117

a. İşverenin Geçerli Bir Neden İle İş Sözleşmesini Feshetmesi.....	117
b. İşverenin haklı neden ile sözleşmeyi feshetmesi	121
3. İşyeri Devrinin Cezai Şarta Etkisi.....	123
4. Eğitimin Tamamlanmaması veya Eğitimin Başarısızlık ile Sonuçlanması	126
D. Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart Konusunda Yargıtay'ın Kararlarına Egemen Olan Noktalar	127
II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ VE CEZAI ŞART	128
A. Genel Olarak Rekabet Yasağı	128
B. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Unsurları.....	131
1. Müşteri çevresi ve işçinin müşteri çevresine nüfuzu	132
2. İşçinin iş sırlarına nüfuzu	133
3. İşverenin önemli bir zarara uğraması ihtimalinin varlığı.....	134
C. İşçinin Rekabet Yasağı Sözleşmesi Nedeni ile Cezai Şart Ödemesi.....	134
SONUÇ	137
KAYNAKÇA.....	140

KISALTMALAR

Any	:Anayasa
BK.	:Borçlar Kanunu
Bkz	:Bakınız
C	:Cilt
ÇMİS	:Çimento Müstahsilleri İşverenler Sendikası
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
İş K.	: İş Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MK.	: Medeni Kanun
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi Mevzuat ve İçtihat Bankası.
Vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi

GİRİŞ

Cezai şart bir Borçlar Hukuku Kavramı olup cezai şart ile ilgili düzenlemeler 4857 sayılı İş Kanunu'nda değil 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. İş sözleşmesinde ve toplu iş sözleşmesinde hukukun genel ilkelerine, İş Hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmayacak şekilde cezai şart hükümlerine yer verilebilir.

Her borç ilişkisinde alacaklının başta gelen amacı, borcun sözleşmede kararlaştırılan şekilde yerine getirilmesidir. Borcunu hiç veya tam olarak yerine getirmeyen borçlu alacaklının zararını tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Taraflar rehin ya da kefalet ile alacaklarını güvence altına alabilecekleri gibi cezai şart da kararlaştırabilirler. Cezai şartın talep edilmesi için alacaklının zararı ispat etmesi gerekmediğinden cezai şart alacaklının lehine bir hukuki kurumdur. Alacaklının cezai şart alacağına kavuşması için borçlunun edimini yerine getirmemesi veya gereği gibi yerine getirmemesi yeterlidir.

Özellikle gelişen teknoloji ile birlikte nitelikli işçiye duyulan ihtiyaç artmıştır. İşveren iş piyasasındaki yeniliklere ayak uydurmak için işçilerini eğitime tabi tutmakta ve bu eğitim için çeşitli masraflar yapmaktadır. İşçi eğitim sayesinde daha kalifiye hale gelmekte ve daha yüksek ücretle daha iyi bir pozisyonda çalışma imkânına kavuşmaktadır. İşveren eğitim masraflarını güvence altına almak amacı ile işçiye eğitimden sonra belli bir süre kendi işyerinde çalışma yükümlülüğü getirmekte ve işçinin yükümlülüğüne uymaması halinde işçiden sözleşmedeki cezai şartı talep edebilmektedir. Bu noktada önemli olan karşılıklı menfaatler dengesinin sağlanması için cezai şart hükmünü denetimine tabi tutmaktır. Ayrıca işçinin fesih hakkının sınırlandırılmasının Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan çalışma özgürlüğüne aykırılık teşkil edip etmediği ve işverenin menfaatlerinin ne ölçüde korunması gerektiği tartışılarak bir değerlendirmeye gidilmelidir. İş sözleşmelerinde bu şekildeki eğitim giderleri karşılığı cezai şart hükümlerine sıklıkla yer verildiği görülmüştür. Eğitim gideri karşılığı cezai şart ile ilgili İş Hukuku mevzuatında özel bir kanun maddesi bulunmadığı için bu konudaki genel ilkeler Yargıtay kararları ile belirlenmeye çalışılmıştır. Borçlar Kanunu Tasarısı'nda ise iş sözleşmesindeki tek taraflı cezai şart hükmünün geçersiz olduğu belirtilerek Yargıtay'ın süregelen uygulaması göz ardı edilmiştir ve uygulamada tartışma yaratabilecek bir düzenleme

yapılmıştır. Doktrindeki görüşler ve uygulamadaki yenilikler dikkate alınarak iş hayatında sıklıkla rastlanan eğitim giderleri karşılığı cezai şart hükümlerinin geçerliliğini, tek taraflı olup olmadığını, nasıl ve hangi kısıtlara göre denetlenebileceğini ve cezai şart kavramı ile zarar ilişkisini araştırmak arzusu tez konumuzu belirlememizde rol oynamıştır.

Birinci bölümde cezai şart kavramı açıklanarak, cezai şart kavramının hukuki niteliği, unsurları ve konumuz açısından önem arz eden cezai şart ile zarar ilişkisine değinilecektir. İşçinin fesih hakkının cezai şart ile sınırlandırılması ve cezai şart hükmünün hangi hallerde geçersiz olacağı açıklanmaya çalışılacaktır. İkinci bölümde iş sözleşmesinde, işyeri iç yönetmelikleri ve işyeri uygulamalarında, toplu iş sözleşmesinde düzenlenen cezai şart kayıtları incelenerek özellikle uygulamada tartışma konusu olan tek taraflı cezai şart hükümleri üzerinde durulacaktır. Son bölümde ise iş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılan özel bir durum olan eğitim giderleri karşılığı cezai şart hükümleri incelenecek ve bu kayıtların denetiminde başvurulması gereken ölçütler doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları ışığında incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZAI ŞART

I. CEZAI ŞART KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE TÜRLERİ

A. Genel Olarak Cezai Şart

İş sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup işçi iş görmeyi, işveren ise ücret ödemeyi borçlanır. Sözleşme ilişkisi kurulurken tarafların amacı sözleşmenin belirlenen süreye kadar veya süresiz olarak belirlenen şekilde devamı olsa da çeşitli sebeplerle iş ilişkisi sona erdirilebilir. Bu durumda işçi ekonomik yönden, işverenin ise işgücü yönünden kayba uğrayacak ve bu kayıp taraflara ekonomik bir külfet yükleyecektir. Edimlerin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ihtimaline karşı, alacağın güvence altına alınması için taraflar çeşitli hukuki yollara başvurabilirler. Borçlar hukuku ilişkilerinde bu yollar rehin, kefalet gibi teminatlarla olabilecekken; iş hukukunda ise en etkili yol cezai şart kararlaştırmaktır.

B. Cezai Şartın Tanımı Ve Hukuki Niteliği

Cezai şarta ilişkin hukuki düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu'nda¹ yer almamaktadır. Bu nedenle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun² 5. maddesine göre; "Medeni Kanunun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır". Bu nedenle İş Kanunu'nda düzenlenmemiş olan cezai şart kavramı ile ilgili olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun³ genel hükümlerine başvurulacaktır.

Cezai şart, Kanunun umumi hükümlerinin yer aldığı birinci kısmında 158-161. maddeleri arasında düzenlenmiştir⁴. İlgili maddelerde tanım yapılmamış olup cezai şarta bağlanan hukuki sonuçlar düzenlenmiştir. Doktrinde cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde

¹ 10.06.2003 Tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

² 08.12.2001 Tarihli ve 24607 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

³ 29.04.1926 Tarihli ve 359 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴ Cezai şart kavramı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Türkçeleştirilerek "ceza koşulu" olarak değiştirilmiş "Borç İlişkisinin Hükümleri" başlıklı ikinci bölümde 178-180 maddeleri arasında ve "Hizmet Sözleşmesi" başlıklı altıncı bölümde 419. maddede düzenlenmiştir. www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-1075.doc; Erişim Tarihi.05.01.2009.

ödemeyi vaad ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edim olarak tanımlanmıştır⁵.

Tarafların cezai şart kararlaştırmalarındaki amaçları; borçluyu doğacak her türlü zarardan sorumlu tutma, konusu para olmayan alacakların teminata bağlanması ya da sözleşmeden kolayca dönülebilmesini sağlamaktır⁶.

Cezai şartta ilişkin hükümler genel itibarı ile emredici nitelikte değildir. Taraflar sözleşme serbestisi çerçevesinde diledikleri şekilde cezai şart kararlaştırabilirler. Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin ikinci fıkrasında bu husus şöyle düzenlenmiştir. "Ceza, kanuna veya ahlaka (adaba) mugayir bir borcu teyit için şart edilmiş veya hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez." Bu hüküm sözleşmenin konusunun ve butlanının genel olarak düzenlendiği Borçlar Kanunu 19 ve 20. madde hükümlerinin özel olarak cezai şartta tekrarı niteliğindedir. Ancak 161/son fıkrasında kanun koyucu hâkime fahiş olan cezai şartı indirme mükellefiyeti getirerek emredici bir düzenleme getirmiştir. Bu husus aşağıda incelenecektir.

Cezai şart, hukuki niteliği yönünden asıl borca bağlı ferî bir borçtur⁷. Ferî bir borç olmasının sonucu olarak geçerliliği de asıl borca bağlıdır. Örneğin ahlaka aykırı olarak kurulmuş olan bir iş sözleşmesindeki cezai şart, asıl sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle geçersiz olacaktır.

Cezai şart taraf iradelerine dayandığı için kanunla kararlaştırılamaz⁸. Ancak uygulamada görüldüğü üzere toplu iş sözleşmeleriyle de cezai şart kararlaştırılabilir⁹.

⁵ **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, s.1133; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.341; **TUNÇOMAĞ** Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s.6; **REİSOĞLU**, Safa, Borçlar Hukuku, İstanbul 1995, s.356; **TEKİNAY**, Selahattin S./**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP** Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.341; **KARAHASAN** Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Öğreti Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, C.II., İstanbul 2003, s.1373; **KILIÇOĞLU** Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s.533; **OĞUZMAN** M.Kemal/**ÖZ** Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2006, s.868; "Cezai şart, geçerli bir borcun yerine getirilmesi veya eksik yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken ve ekonomik değeri olup bir hukuk istemiyle belirlenen götürü bir edimdir". Y. 13.HD, T.25.12.1981, E.1981/7896, K.1981/8497, **EKİNCİ**, Hüseyin, Doktrinde ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004, s.26-27.

⁶ **EREN**, s. 1134; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, s. 48; **EKİNCİ**, s.47.

⁷ **EREN**, s. 1134; **KARAHASAN**, s. 1408

⁸ **EREN**, s.1134.

⁹ "Davacı işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin 12/b maddesine dayanarak istekte bulunmuş, mahkemece anılan hüküm kıdem tazminatı niteliğinde yorumlanarak dava reddedilmişse de, hüküm niteliği itibarıyla cezai şart olup buna göre hüküm tesisi gerekirken, yazılı şekilde davanın

Çünkü toplu iş sözleşmesi, işçi ve işveren tarafın karşılıklı irade beyanlarıyla kurulan yani özünde taraf iradelerine dayanan bir sözleşmedir.

Cezai şart, erteleyici bir şarttır. Asıl edim hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde şart gerçekleşir ve bu asıl borca bağlı olan feri borç yani cezai şart muaccel hale gelir ve bağımsız bir alacak niteliğine gelir¹⁰. Bunun sonucu olarak alacaklı ödenmeyen cezai şartı dilerse dava veya icra yoluyla asıl alacaktan ayrı olarak talep edebilecektir¹¹.

Cezai şart, sözleşme ile asıl sözleşme içerisinde ve yahut asıl sözleşmenin ifaya başlanmasından sonra ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılabilir. Örneğin; somut bir uyumsuzlukta, taraflar cezai şart maddesini asıl sözleşme metnine sonradan eklemişlerdir. Yargıtay sonradan eklenen cezai şart hükmünü tarafların da kabul etmesi nedeni ile geçerli kabul etmiştir ve cezai şart alacağına hükmedilmesi gereğine değinmiştir¹².

Borçlu, sözleşme ile borç altına girdiği ediminden önemsiz derecede sapsa cezai şartın talep edilmesi iyi niyet kurallarına aykırı görülebilir. Örneğin; edimi taahhüt edilen zamanında değil ancak sürenin bitiminden çok kısa süre sonra tamamlarsa taahhütten önemsiz derecede sapıldığı söylenebilir. Ayrıca doktrinde, itiraz edilmeksizin yıllarca ses çıkarılmayan borca aykırı davranış için bir gün cezai şart istenmesinin de iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil edeceği ve cezai şartın derhal istenmediği takdirde sona ereceği belirtilmiştir¹³.

reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.”Y. 9.HD,T.11.9.1995, E.1995/811, K.1995/24943, GÜNAY Cevdet İlhan, Şerhli İş Kanunu, Ankara 2005,s.450.

¹⁰ EREN, s. 1135.

¹¹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 52; EREN, s. 1135.

¹² “Taraflar arasında 10.11.1995-01.03.2000 tarihleri arasını kapsayan hizmet akdinin "özel şartlar" başlığını taşıyan 8.maddesinde "...İşçi Fransa'ya eğitime gönderilir, masrafları işveren öder, hizmet süresi içinde işçi sözleşmeyi fesheder ise eğitim giderine olan 6000 doları geri öder" denilmektedir. Davacı 1.6.1999 tarihinde işyerinden kendi isteği ile ayrılmıştır. Hizmet akdi incelendiğinde yukarıda ki sözlerin el yazısıyla metne yazıldığı görülmektedir. Ancak aynı durum, yapılacak iş, işe başlama tarihi ve hizmet akdinin bitim tarihleri sütunlarında da mevcuttur. Tüm yazıların aynı kalemle yazıldığı da görülmekte ve davalı da bu yazılara karşı çıkmamaktadır. Ortada mahkemenin düşündüğü şekilde, kazıntı, çıkıntı ve silinti durumları da mevcut olmayıp davalı da bu hususların imzasından sonra doldurulduğunu da ileri sürüp kanıtlayamamıştır. Bütün bu olgular nedeni ile davacı işverenin cezai şart talebinin kabulü gerekir.” Y.9.HD, T. 13.09.2003, E.2003/4437, K.2003/16953, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası

¹³ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.20; “Teslim süresinden beş yıl geçmesine rağmen yüklenicinin herhangi bir faaliyet göstermemesi yüklenicinin edimini yerine getirmeyeceği iradesini açığa vuran bir davranıştır. İş sahipleri cezai şart için ses çıkarmamışlardır. Öyleyse, iş sahiplerinin sonradan cezai şart talep etmeleri hakkın kötüye kullanılmasındır”. Y. 15.HD, T. 02.10.1974, E.1974/633, K.1974/829, KARAHASAN Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, 6. Bası, Ankara 2003, s.514.

C. Cezai Şartın Unsurları

Cezai şartı benzer kavramlardan ayıran unsurları şunlardır:

- bir asıl borcun bulunması,
- asıl borç yanında ayrı ve bağımsız bir edimin bulunması,
- ayrı ve bağımsız borcun asıl borca bağlı bulunması ve
- ayrı ve bağımsız borcun sağlararası hukuki işlemle tespit olunmasıdır.

1. Asıl Borcun Varlığı

Geçerli bir cezai şart için öncelikle geçerli ve mevcut bir asıl borcun varlığı gereklidir¹⁴. Cezai şart, asıl borcu kuvvetlendirmek için kararlaştırılmıştır. Önceden ifa edilmiş bir borç hakkında veya geçerli olmayan bir borç hakkında cezai şart kararlaştırılmaz. Asıl borcun ekonomik bir değere sahip olması da şart değildir. Borçlar Kanunu'nun 159/1 maddesinde "alacaklı zarara düşer olmasa bile ceza lazım olur" şeklindeki hükmüne göre; asıl borcun mali bir değere sahip olmaması ve para ile ölçülemeyen bir menfaat olması halinde dahi cezai şart kararlaştırılabileceği söylenebilir¹⁵. Verme, yapma ve kaçınma borçları bakımından da cezai şart kararlaştırılabilir¹⁶.

Asıl borç, sözleşmeden doğabileceği gibi haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden de doğabilir. Ayrıca dar anlamda kanundan doğan bir borcun örneğin; nafaka borcunun ifasını kuvvetlendirmek için de cezai şart kararlaştırılabilir¹⁷.

¹⁴ "Cezai şartın varlığı için öncelikle asıl borcun varlığı gerekir. İş sözleşmesi kurulmamış ise bu sözleşmeye bağlı olan cezai şart da muaccel hale gelmez. Taraflar arasında 28.05.2004 tarihinde 2 yıl süreli belirli süreli iş sözleşmesi imzalanmış, işçi yabancı uyruklu olduğu için çalışma izni başvurusunda bulunmuş, ancak eksik evrakları nedeni ile çalışma izni alamamıştır ve işveren tarafından işçi işyerine alınmamıştır. Taraflar arasında yazılı iş sözleşmesinin varlığına rağmen çalışma olgusu gerçekleşmediği ve fiilen iş ilişkisi kurulmadığı ve sözleşmede öngörülen cezai şart dönme cezası olmadığı için iş sözleşmesi kurulmaması nedeni ile işveren cezai şart talep edemez". Y.9.HD, T.26.09.2006, E.2006/20061, K.2006/24888, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; "Taahhütnamede Fransa'daki çalışma bittiğinde işverenin Türkiye'deki işyerinde en az 1 yıl çalışacağı, aksi halde cezai şart ödeneceği kararlaştırılmışsa da, işçi henüz Fransa'ya gitmeden iş sözleşmesini feshettiğinden işverenin cezai şart alacağıının reddi gerekir". Y. 9.HD, T.13.03.1995, E.1995/18034, K.1995/7861, GÜNAY, Şerh, s. 377.

¹⁵ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.7; KARAHASAN, s.1376.

¹⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 343; OĞUZMAN/ÖZ, s. 872; EKİNCİ, s.31.

¹⁷ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 11; OĞUZMAN/ÖZ, s. 873; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 343; EREN, s. 1134; EKİNCİ, s.35.

Eksik borçların bazıları örneğin; kumar ve bahis borcu, evlenme telalından doğan borçlar cezai şarta bağlanamazken, zamanaşımı define uğramış bir eksik borç ile ahlaki bir ödevden doğan eksik borç hakkında cezai şart kararlaştırılabilir¹⁸.

Cezai şartın talep edilmesi kanunen yasak edilmiş olabilir. Örneğin; nişanlılığın hükümlerinin düzenlendiği Türk Medeni Kanunu'nun 119/2 maddesinde; evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatının ve cezai şartın dava edilemeyeceği düzenlenmiştir. Aile hukukundan kaynaklanan evlenme, boşanma, evlat edinmeye ilişkin hususlarda ise cezai şart kararlaştırılmaz. Aksinin kabulü kişilik haklarına aykırılık teşkil edecektir¹⁹.

2. Asıl Borç Yanında Ayrı, Bağımsız ve Ekonomik Değer Taşıyan Bir Edimin Bulunması

Cezai şart ayrı bir edimdir ve ekonomik bir değer taşır. Cezai şart ayrı bir edim olmalıdır. Mevcut bir hakkın sınırlandırıldığı ya da ortadan kalktığı durumlarda cezai şarttan söz edilemez²⁰. Örneğin; faizler ödenmediği takdirde borç verilen paranın muaccel olacağına dair yapılan sözleşme, müteahhidin eseri zamanında teslim edememesi halinde gecikilen her ay için alacağın bir kısmını talep hakkını yitirmesi, yangının gerçekleşmesi halinde zarar miktarının yanlış bildirilmesi halinde sigortalının sigorta şirketinden talep edeceği tazminat hakkının düşeceği yönündeki anlaşmalar borçlu yönünden ayrı bir edim teşkil etmediği için cezai şart değildir²¹.

Cezai şartın kesin bir miktar olarak belirlenmesi şart değilse de sözleşmedeki şartlar çerçevesinde belirlenebilir nitelikte olması gerekir²².

Cezai şart, genel olarak bir miktar para olarak kararlaştırılırken para dışındaki mameleki değerlerin de cezai şart olarak kararlaştırılması mümkündür.

¹⁸ EREN, s. 1135; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 344; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 11; OĞUZMAN/ÖZ, s. 870.

¹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 871; EREN, s.1135.

²⁰ TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s.858; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 13.

²¹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 13.

²² UYGUR Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, Ankara 1990, s.744-745.

Manevi değerlerin ise cebri icra yolu ile takibi mümkün olmadığı için cezai şart olarak kararlaştırılması söz konusu olamaz²³.

3. Ayrı Ve Bağımsız Borcun Asıl Borca Bağlı Bulunması

Cezai şart, asıl borcu kuvvetlendirme amacı güder ve geçerliliği asıl borcun geçerliliğine ve mevcudiyetine bağlıdır. Cezai şart asıl borca bağlı ferî bir borçtur. Bu nedenle asıl borç ile cezai şart arasında asıl borç-ferî borç ilişkisi bulunmalıdır²⁴. Asıl borç ile cezai şart arasında asıl borç-ferî borç ilişkisi yoksa seçimlik borç söz konusudur²⁵.

Cezai şart ile asıl borç arasında asıl borç ferî borç ilişkisinin bulunmasının başlıca hukuki sonuçları şöyle özetlenebilir. Asıl borcun geçersiz olması cezai şartı da geçersiz kılar. Asıl borç hakkında ileri sürülebilen itiraz ve defiler cezai şartta karşı da ileri sürülebilir. Asıl borç sona ererse, cezai şart da sona erer. Asıl borçta bir değişiklik yapılırsa cezai şart da bu değişen asıl borca bağlanır. Cezai şartın ifa yeri asıl borcun da ifa yeridir²⁶.

Asıl borç ilişkisinin yer aldığı sözleşme için şekil şartı öngörülümüşse; cezai şart da ferîliği gereği şekil şartına uygun şekilde yapılmalıdır. Örneğin; iş sözleşmesi kural olarak şekle tabi değildir. Ancak İş Kanunu'nun 7. maddesinde geçici iş ilişkisine ilişkin iş sözleşmesinin, 8. maddesinin 2. fıkrasında süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin, 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmelerinin, 14. maddesinde çağrı üzerine çalışma sözleşmesinin, 16. maddesinin ikinci fıkrasında takım sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik²⁷'in 12/1 (c) maddesine göre, işveren çocuk ve genç işçinin velisi veya vasisi ile yazılı iş sözleşmesi yapmak zorundadır.

²³ EREN, s.1134; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.14; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s.858; OĞUZMAN/ÖZ, s. 873; KILIÇOĞLU, s.575; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 343; EKİNCİ, s.50.

²⁴ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 16,17; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s.859; EREN, s. 1143; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.392; OĞUZMAN/ÖZ, s.872; KILIÇOĞLU, s. 576.

²⁵ TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s.859.

²⁶ EREN, s. 1135; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.15; KARAHASAN, s.1375; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.460.

²⁷ 06.04.2004 tarihli 25425 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Kanunda yazılı yapılması düzenlenmiş olan bu sözleşmeler için yazılı şekil şartının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki çoğunluk görüşü yazılı şekil şartının geçerlilik şartı olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre; kanuni şekil şartının geçerlilik şartı olduğunun kabul edilmesi işçiyi koruma ilkesine uygun olup işçi aleyhine sonuç doğurmaz. Şöyle ki, taraflar geçersiz olan bir sözleşmeyi ifaya başladıktan sonra sözleşmenin şekle aykırılık nedeni ile geçersiz olduğunu ileri süremezler. Aksinin kabulü hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur ve dürüstlük kuralına aykırıdır. İş sözleşmesinin geçersizliği geçmişe değil, ileriye etkili olarak sonuç doğuracaktır²⁸.

Diğer görüşe göre ise; kanunen yazılı şekilde yapılması öngörülen iş sözleşmesinin şekil şartı ispat şartıdır. İş sözleşmesinin varlığı ya da belirli süreli olduğu ancak yazılı olarak ispat edilecektir. Bu çözüm yolu işçinin korunması ilkesine daha uygundur. Örneğin; belirli süreli iş sözleşmesi yaptığını iddia eden işverenin yazılı iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinin belirli süreli olduğunu kanıtlayamaması halinde iş sözleşmesi belirsiz süreli kabul edilecek ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin sonuçlarına ilişkin hükümler uygulanacaktır²⁹.

Yargıtay da iş sözleşmesindeki şekil şartının ispat şartı olduğu görüşündedir³⁰.

Kanımızca kanunda iş sözleşmeleri için öngörülen yazılı şekil şartı ispat şartı değil, geçerlilik şartıdır. Şekle uyulmaması halinde işçi aleyhine bir durum oluşmayacaktır. Geçersizliğin etkileri geçmişe değil, geleceğe yönelik olacaktır ve işçi o güne kadarki ediminin karşılığı olan alacaklarını geçerli bir iş sözleşmesindeki gibi talep edebilecektir. İşverenin sözleşmenin şekil şartına uygun olmadığını iddia ederek sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi ise hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Ayrıca şekil şartının ispat şartı olduğu kabul edilirse asıl sözleşmeye bağlı olan cezai şart hükmünün ispatı da güçleşecektir.

²⁸ SÜZEK Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2006, s.246; UYGUR, s.516; TUNÇOMAĞ Kenan, Borçlar Kanununa ve İş Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi ve Hükümsüzlüğü, İHD, C.I, S.2, Şubat 1969, s.124; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006, s.179.

²⁹ ÇENBERCİ Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s.258-259; EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, s.59; ALPAGUT Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998, s.23; AKYİĞİT, İş Hukuku, s.118; GÜNAY Cevdet İlhan, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Ankara 2005, s.344; AKYİĞİT Ercan, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, s.255; ŞAKAR Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2003, s.90.

³⁰ Y. 9.HD, T.28.05.1985, E.1985/2971, K.1985/5867, TÜHİS, Ocak 1986, s.15-16; YHGK, T.19.03.1986, E.1984/9-555, K.1986/251, YKD, Ocak 1988, s.11-12; Y. 9.HD, T.20.11.2000, E.2000/11907, K.2000/16844, AKYİĞİT, İş Hukuku, s.118, dn.74.

Baştaki objektif imkânsızlık, şekle aykırılık, muvazaa, ehliyetsizlik, kanuna ve ahlaka aykırılık nedeni ile geçersiz olan bir sözleşmeye bağlı olarak öngörülen cezai şart hükmü de geçersiz olacaktır. Asıl sözleşme hata, hile, ikrah ve gabin gibi nedenler ile iptal edilirse, sözleşmedeki ferî borç olan cezai şart da talep edilemeyecektir³¹.

4. Ayrı Ve Bağımsız Borcun Sağlararası Bir Hukuki İşlem İle Öngörölmüş Olması

Hukuki işlem, işlemi yapan şahsın sağlığında iken hüküm ve sonuçlarını doğuruyor ise bu işleme sağlararası işlem denir³². Hukuki işlem, hüküm ve sonuçlarını işlemi yapan şahsın ölümünden sonra terekesinde meydana getirirse bu işleme ölüme bağlı tasarruf denir³³.

Cezai şart sadece sağlararası bir hukuki işlem ile kararlaştırılabilir. Ölüme bağlı tasarruflarla saptanan yükümlülükler ve cezalar, cezai şart niteliğinde kabul edilmemektedir. Çünkü ölüme bağlı tasarruflar, konu ve tip yönünden sınırlandırılmış olup miras hukukunun öngördüğü sınırlar içerisinde ve tiplere bağlı olmak zorundadır³⁴.

Cezai şart, hukuki bir işlem ile belirlenir. Hukuki işlem tek taraflı (örneğin; hamile yazılı senet) ya da çok taraflı (sözleşme, şirket mukaveleleri, toplu iş sözleşmeleri) olabilir. Önemli olan; hukuki işlem ile borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde hükümlerini sağlıkta doğuran, borç doğurucu bir taahhütte bulunulmasıdır³⁵. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmesi gereken edimin taraflarca değil kanunen belirlenmiş olması halinde cezai şarttan bahsedilemez. Kanun ile belirlenen cezalar ayrıca bir taahhütnamenin konusunu oluşturuyorsa hukuki işlem ile borçlanılmış bir para tutarı olduğu için taahhütnamedeki bu miktara sözleşmeye dayanan cezai şart hükümleri uygulanacaktır³⁶.

³¹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 81-85; OĞUZMAN/ÖZ, s. 874.

³² EREN, s. 157; KILIÇOĞLU, s.36.

³³ İNAN A. Naim/ ERTAŞ Şeref/ALBAŞ Hakan, Miras Hukuku, İstanbul 2003, s.79-81; OĞUZMAN M. Kemal, Miras Hukuku, İstanbul 1995, s.94; EREN, s.156; KILIÇOĞLU, s.36; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.42.

³⁴ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.208; EREN, s. 156-157.

³⁵ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.61.

³⁶ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 16-17; Örneğin 26.02.1983 Tarihinde 17971 sayılı Resmi Gazete'de

D. Ceza Şartın Türleri

1. Seçimlik Cezai Şart

Borçlar Kanunu'nun 158/1 hükmüne göre; "Akdin icra edilmesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmişse hilafına mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya aktin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir". Borçlar Kanunu'nun bu maddesi gereğince; borçlu borcunu gereği gibi ifa etmemiş veya eksik ifa etmişse ve sözleşmede cezai şart kararlaştırılmışsa alacaklı borçludan aynen ifayı talep edebilir. Bu hüküm, borçluya borca aykırı davranıp cezai şartı ödeyerek sözleşme ilişkisini sona erdirmeye yetkisi vermez. Aksine seçim hakkı alacaklıdır. Alacaklı dilerse, borçlunun borca aykırı davranışı nedeni ile borçludan aynen ifayı talep edebileceği gibi dilerse sözleşme ilişkisini sona erdirip cezai şartın ödenmesini talep edebilir. Alacaklıya seçim hakkı veren bu cezai şart türüne "seçimlik cezai şart" adı verilmektedir. Seçimlik cezai şart, alacaklı lehine tanınmış yenilik doğurucu bir haktır³⁷.

Alacaklı seçimlik hakkını kullandığında yenilik doğurucu hakkın niteliği gereği artık bu seçiminden dönüp diğerini talep edemez. Alacaklı, seçimlik hakkını bir kez kullandığında hak tükenir ve alacaklı bundan rücu edemez. Alacaklı, seçimini borçlunun aynen ifada bulunmasında kullanır ancak borçlu buna rağmen borcunu ifa etmez ise bu durumda alacaklı Borçlar Kanunu 96. maddesinde düzenlenen borca aykırılık hükümlerine başvurarak borçluyu temerrüde düşürerek temerrüt hükümlerini işletebilir³⁸.

Alacaklı seçimini, cezai şart ödenmesi yönünde kullanmış ise artık borçludan aynen ifayı talep edemez. Alacaklının seçimlik cezai şartta cezai şartı seçerek borçludan cezai şart talep etmesi halinde bir zarara uğraması aranmaz. Alacaklı, cezai şartı seçse dahi borca aykırılık nedeni ile uğradığı zararlar varsa bu

yayımlanan 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 49. maddesine göre ;"Bilgi ve görgülerini artırmak, meslekleriyle ilgili araştırma yapmak, kurs ve öğrenim görmek üzere seçilen ya da iç veya dış burstan yararlanan hâkim ve savcılar iki yılı; uluslararası kuruluşlarda ya da yargı organlarında çalışmak üzere görevlendirilenler ise üç yılı aşmamak üzere Adalet Bakanlığınca yurt dışına gönderilebilirler. Bu süreler, gerekirse en çok bir katına kadar uzatılabilir. Bu surette yurt dışına gidip üç aydan fazla yurt dışında kalanlar, yurda dönüp mesleğe başladıktan sonra beş yıl süre ile mecburî hizmet yapmak zorundadırlar. Mecburî hizmet yapmadan görevden ayrılmak isteyenler, yurt dışında kaldıkları sürede kendilerine ödenen aylık, ödenek, tazminatlar ile her türlü ödemelerin, mecburî hizmetin eksik kalan kısmı ile orantılı miktarını iki kat olarak ödemekle yükümlüdürler".

³⁷ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.577.

³⁸ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.577; EREN, S.1132.

zararlarının da Borçlar Kanunu 159/2 maddesi gereğince ek zarar tazmini hükümlerine göre talep edebilir³⁹.

Borçlar Kanunu'nun seçimlik cezai şartı düzenleyen 159/2 maddesi emredici nitelikte değildir. Kanun metninde belirtildiği üzere taraflar aksine sözleşme yapabilirler. Örneğin; taraflar sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi halinde borca aykırı davranış nedeni ile alacaklının sadece cezai şartı talep edebileceğini öngörebilirler⁴⁰. Böylelikle seçimlik cezai şartın niteliği taraf iradeleri ile ifa yerine geçen cezai şarta dönüşmüş olur.

2. İfaya Eklenen Cezai Şart

İfaya eklenen cezai şart Borçlar Kanunu'nun 158/2 maddesinde düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun 158/2 maddesine göre; “Akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun”.

Bu maddeye göre; borçlunun borcu gereği gibi veya hiç yerine getirilmemesi halinde alacaklı hem ifayı hem cezai şartı talep edebilir. Seçimlik cezai şarttan farklı olarak alacaklı burada ifayı ya da cezai şartı talep etmek zorunda bırakılmamış olup, borçlunun borca aykırı davranışı nedeni ile hem borcun ifasının hem cezai şartı talep edilebilir. Bu tür cezai şarta en somut örnek eser sözleşmesinde yüklenicinin inşaatı zamanında teslim etmemesi halinde karşılaşılan cezai şart hükmü verilebilir. Böyle bir durumda yüklenicinin hem inşaatı zamanında bitirme borcu devam eder hem de zamanında borcunu ifa edememesi nedeni ile alacaklıya cezai şart ödeme yükümlülüğü doğar⁴¹. Taraflar sözleşme ile ifaya eklenen cezai şartı seçimlik cezai şarta dönüştürebilirler⁴².

³⁹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.58.

⁴⁰ KILIÇOĞLU, s.578.

⁴¹ “Sözleşmede yer alan ceza şart Borçlar Kanunu'nun 158/II.maddesinde düzenlenen ifaya ekli cezai şart niteliğindedir. Sözleşmede belirtilen bloktaki 10 adet daire tamamlanıp, davacı arsa sahibi kooperatife teslim edilmemiştir. BK'nın 106.maddesindeki düzenleme dikkate alındığında, teslim söz konusu olmadığından cezai şart yönünden zamanaşımı henüz başlamamıştır. Sözleşmede kararlaştırılan üç aylık cezayı davacı sözleşmedeki cezalı sürenin sonunda isteyebilir”. YHGK, T.04.02.2009, E.2009/15-13, K.2009/53, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

⁴² TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.58.

Borçlar Kanunu'nun 158/2 maddesinin son cümlesinde; alacaklının iki halde cezai şart talep edebilme hakkını kaybedeceği düzenlenmiştir. Buna göre; alacaklı, borçlunun zamanında ve yerinde ifada bulunmamasına rağmen, borçludan cezai şart talep etmeyeceğini açıkça belirtmişse veya alacaklı borçlunun ifasını ihtirazi kayıt dermeyeran etmeksizin kabul etmişse bu iki halde alacaklı cezai şart talep etme hakkını kaybeder⁴³.

Borçlar Kanunu'nun 158/2 maddesinde düzenlenen iki halin cezai şartın ödenmesini istemekten vazgeçme yönünde aksi kanıtlanabilir bir karine değil, kesin delil olduğu kabul edilmektedir⁴⁴.

3. İfa Yerine Geçen Cezai Şart

İfayı engelleyen cezai şart Borçlar Kanunu'nun 158/3 maddesinde düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun 158/3 maddesine göre; "Borçlunun cezai şartı tediye ile akitten rücu etmek hakkını ispat edebilmek hakkı mahfuzdur".

İfa yerine cezai şart, seçimlik cezai şart ve ifaya eklenen cezai şarttan farklı olarak borçlunun borca aykırı davranışını aramamaktadır ve ifa yerine cezai şartta seçim hakkı borçluya tanınmıştır. Borçlu dilerse sözleşmeye uygun ifada bulunacak, dilerse cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönebilecektir. Cezai şartın amacı; borçlunun edimini gereği gibi ifa etmesini sağlamaktır. İfa yerine cezai şart ile borçlu cezai şartı ödeyerek borç ilişkisini sona erdirmekte ve borcu ifadan kurtulmaktadır⁴⁵.

İşçinin eğitim masrafları karşılığı olarak iş sözleşme sinde kararlaştırılan cezai şart, bir tür ifa yerine cezai şart niteliğindedir. İşçi, eğitim giderleri karşılığı olarak belli süre ile o işyerinde iş görme edimini yerine getirmesi gerekirken taahhüdüne uymayarak sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı ödemekte ve iş ilişkisini sona erdirmektedir.

⁴³“Davacının bağımsız bölümlerini tadilat sözleşmesinin 5.maddesinde öngörülen süreden önce teslim alıp üçüncü şahıslara kiraya verdiği dosya kapsamı delillerle sabittir. Davacı dairelerini teslim alırken (ifayı kabul ederken) ihtirazi kayıt ileri sürdüğünü (cezai şart talep hakkını saklı tuttuğunu) iddia ve ispat edemediğinden cezai şart isteme hakkı düşmüştür”. Y. 13.HD, T.28.10.2004, E.2004/1465, K.2004/5468, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁴ EREN, s.1138; KILIÇOĞLU, s.580; OĞUZMAN/ÖZ, s. 878.

⁴⁵ KILIÇOĞLU, s.580-581.

II. CEZAI ŞART ZARAR İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

Cezai şart talebi zarardan bağımsız olup cezai şartın muaccel olması için alacaklının zarara uğraması gerekli değildir⁴⁶. Kanun koyucu 159/II maddesinde “Alacaklı zarara düşer olmasa bile ceza lazım olur” şeklindeki hüküm ile cezai şart için zarar koşulunun gerçekleşmesinin gerekli olmadığını hükme bağlamıştır. Ancak taraflar sözleşme ile cezai şartın muaccel olması için alacaklının zarara uğramasını şart kılabilirler. Bu durumda sözleşmedeki zarara ilişkin hüküm gereği cezai şartın talep edilebilmesi için zararın doğması gerekir⁴⁷.

Cezai şartın zarardan bağımsız olması, uyumsuzluk halinde alacaklıya ispat kolaylığı sağlar. Alacaklı zararı ve borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda olmaksızın sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı koşulları gerçekleştiğinde talep edebilecektir. Kanunumuzda cezai şartın ceza ve tazmin fonksiyonları bütünleştirilerek bileşik sistem kabul edilmiş olup cezai şart ile ceza ve tazmin fonksiyonu dengeli olarak korunmalıdır⁴⁸.

Cezai şart miktarı, alacaklının muhtemel zararı kadar kararlaştırılabileceği gibi zarar miktarı ile bağlı olunmaksızın daha yüksek veya az bir miktarda kararlaştırılabilir. Tarafların miktar ile ilgili bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zarar miktarı kadar cezai şart kararlaştırılmasının aranmamasının hukuki dayanağını Borçlar Kanunu’nun 161. maddesinde yer alan “akitler, cezanın tayininde serbesttirler” şeklindeki hüküm oluşturur⁴⁹.

Yargıtay 13 Hukuk Dairesi eski tarihli bir kararında cezai şart miktarının Borçlar Kanunu madde 161/son hükmü gereği indirileceği durumlarda cezai şartın ceza ve tazmin amacının birlikte göz önünde tutulması gereğine değinerek alacaklının uğradığı zarar miktarına kadar indirim yapılmasını kanuna aykırı bulmuş

⁴⁶ “Borçluya yüklenen edim cezai şart niteliğindedir. Hal böyle olunca, alacaklının ayrıca zararını ve bunun miktarını ispat etmesi gerekmez. Kaldı ki alacaklı zararı olmasa da cezai şart olarak kararlaştırılan meblağı isteyebilir”. YHGK, T.16.04.1986, E.1984/13-730, K.1986/416, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; “Cezai şartta zararın ispatı gerekmez”. Y. 9.HD, T.27.02.2001, E.2000/10625, K.2001/1710, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁷ EREN, s. 1139; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 358; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 120.

⁴⁸ EREN, s. 1139; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 358.

⁴⁹ KARAHASAN, s. 1374-1375.

ve indirimin zarar ve işin gereğine göre belirlenecek cezalar toplamı olduğunu belirtmiştir⁵⁰.

Alacaklının borca aykırı davranış nedeni ile uğradığı zarar, cezai şart miktarından daha fazla olabilir. Borçlar Kanunu 159/2 maddesine göre; “Şart olunan ceza miktarından fazla zarara düşürülen alacaklı, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemez”. Kanun koyucu, bu madde de alacaklının cezai şart miktarını aşan zararını borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmesi şartı ile mümkün kılmıştır. Ancak bu durumda alacaklı zararının tamamını değil, sadece cezai şart ı aşan kısmını talep edebilir. Böylelikle, kanun koyucu cezai şart ile tazminatın mutlak birleşmesi ilkesini kabul etmemiştir. Bu nedenle, fazla zarar hesaplanırken ceza miktarının cezai şarttan düşülmesi gerekir. Borçlar Kanunu’nun 159/2 maddesi emredici bir hüküm olmadığı için taraflar sözleşme ile bunun aksini kararlaştırabilirler⁵¹.

B. Cezai Şartı Aşan Zararın İstenebilmesi için Gerekli Şartlar

1. Genel Olarak

Alacaklı, cezai şartı aşan bir takım zararların olduğu iddiasında ise, cezai şartı aşan miktar yönünden alacak davası hükümlerine göre tazminatın koşullarının oluşup oluşmadığını incelemek gerekir. Borçlar Kanunu 159/2 maddesinde belirtildiği üzere alacaklı, borçlunun kusurunu ve cezai şart ı aşan fazla zararını ispat etmelidir⁵². Burada, alacaklının borçlunun kusurlu olduğunu ispat ile yükümlü kılınması Borçlar Kanunu’ndaki borçlu aleyhine hükme bağlanmış olan 96. maddeye istisna teşkil etmektedir. Alacaklı, seçimlik cezai şart ve ifaya eklenen cezai şart ta fazla zararın tazminini talep edebilir ancak ifayı engelleyen cezai şartta borçlu cezai

⁵⁰ Y.13.HD, T.14.11.1977, E.1997/4495, K.1997/5010, **KARAHASAN**, s. 1375.

⁵¹ **EREN**, s. 1139; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.882-883.

⁵² “İşveren davacı, süresinde inşaatın bitirilmemesi nedeni ile dairelerin her ay getireceği 2600lira net kar yönünden zarara uğradıklarını, sözleşmenin 7. maddesinde 1200liranın cezai şart olarak kabul edildiğini ve davalıların 11500TL ödediklerini belirterek, geç ifa nedeni ile 70200 TL ek zararın ödenmesini talep etmişlerdir. Borçlar Kanunu’nun 159/2. maddesi uyarınca uğranılan zarar cezai şart miktarından fazla olursa alacaklı bu fazlalığın tazminini isteyebilir. Şu kadar ki, akdi kusura ilişkin kurallara aykırı olarak borçlunun kusurlu olduğunu ispat alacaklıya düşer, kuralını koyarak ceza ile zarar arasındaki ilişkiyi saptamış bulunmaktadır. Zararın kaybedilen aylık 2.600 lira kira bedeli olduğu bildirildiğine göre bu husus usulen ispat ettirilip kanıtlar değerlendirilmek suretiyle sözleşmenin 7. maddesindeki günlük 40 lira cezai şartı aşan zarar hakkında talep göz önünde tutularak uygun sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekir”. Y.15.HD, T.11.10.1979, E.1979/1936, K.1979/2045, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

şartı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu için fazla zararının tazminini isteyemez⁵³. Çünkü ifayı engelleyen cezai şart ta, borçlu sadece cezai şart ı ödemek sureti ile sözleşmeyi feshedebilecektir. İfayı engelleyen cezai şartın mahiyeti gereği ek zararın talep edilebilmesi için ancak taraflar arasındaki sözleşme de açıkça borçlunun cezai şartı aşan zararını talep edebileceği kararlaştırılması gerekir. Kanun koyucu, rekabet yasağına aykırılık halinde ödenecek cezai şartta ise, cezai şart ifayı engelleyen cezai şart niteliğinde olsa da alacaklının zararı, cezai şartı aşarsa bu zararın da talep edilebileceğini açıkça düzenlemiştir. Borçlar Kanunu'nun 351/2 maddesine göre; "Memnuiyete muhalif hareket hakkında cezai şart konulmuş ise, işçi, kaideten meşrut ceza miktarını tediye ile memnuiyetten kurtulabilir. Fakat zarar bu miktarı müteceviz ise, fazlasını da tazmin ile mükellef olur". İspat yükü yönünden ise; borçlu borca aykırı hareket halinde ifa veya tazminat ile yükümlü tutulamayacağını ispat etmek zorundadır⁵⁴.

İş hukuku yönünden, cezai şartı aşan zarar tutarının tazmininin istenilebilmesi için Borçlar Kanununun 159/2. maddesinde öngörülen kusur koşulunun gerçekleşmiş bulunup, bulunmadığı; öte yandan, davalının fesihte kusurlu olduğunun kabul edilmesi halinde, davacı işçinin zararının, faiziyle birlikte ödenmiş olan cezai şart parasıyla karşılanmış olup, olmadığı; dolayısıyla, ortada cezai şartı aşan zararın bulunup bulunmadığı ve zarar ile haksız fesih arasındaki illiyet bağı olduğu kanıtlanmalıdır.

2. Cezai Şartı Aşan Zararın İstenebilmesi için Gerekli Şartlar

a. Kusur

Alacaklının cezai şart miktarını aşan zararı talep edebilmesi için öncelikle borçlunun bir kusuru bulunmalıdır. Kusur bizzat borçlunun kusuru olabileceği gibi borçlunun fiillerinden sorumlu olduğu yardımcı kişilerin kusuru da bu şartın gerçekleşmesi için yeterlidir. Ancak cezai şart a yardımcı şahsın neden olması halinde alacaklı, yardımcı şahsın kusurunu ispat etmek zorunda olmaksızın cezai şart ı aşan zararının tazminini isteyebilir⁵⁵.

⁵³ EREN, s.1140; OĞUZMAN/ÖZ, s. 881; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.359; TUNÇOMAĞ, s.122.

⁵⁴ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.47.

⁵⁵ EREN, s.1139; TUNÇOMAĞ, s. 123; OĞUZMAN/ÖZ, s.883.

b. Cezaî şart miktarını aşan bir zararın varlığı

Asıl borcun sözleşmeye uygun olarak ifa edilmemesi dolayısıyla meydana gelen zarar cezaî şart miktarından daha fazla olmalıdır. Munzam zararın, asıl borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmiş olmasından doğması şartıyla, sözleşmede belirtilmemiş nedene bile dayansa tazmini gerekir. Diğer bir ifadeyle munzam zararın sebebi önemli değildir. Borçlar Kanunu 159/2 maddesinde de kanun koyucunun amacı alacaklıya bütün zararını talep etme hakkını tanımaktır. Munzam zararın hesabında, borçlunun edimini gereği gibi ifa etmesi durumunda, alacaklıya ifa nedeniyle düşen karşı yükümlülükler hesaba katılmalıdır⁵⁶.

Borçlunun sözleşmeyi kısmen ifa etmesi de ifa etmeme sayılır ve alacaklı bu nedenle cezai şartı aşan zararını tazmin ettirebilir. Fakat alacaklı, aldığı kısmi edimi borçluya geri vermeli veyahut zarar hesabında kısmi edim mahsup edilmelidir. Aynı zamanda alacaklının ifa etmeme nedenine dayanarak elde ettiği menfaatler, örneğin temerrüt faizi, munzam zararın tespitinde göz önünde tutulmalıdır. Örneğin satış sözleşmesinde de alıcı satıcının ifa etmemesi nedeni ile cezai şart ve tazminat talep ediyorsa, zarar hesabında satış bedelini ödeme borcunun düştüğü hesaba katılır⁵⁷.

Belirli süreli iş sözleşmesini, işçinin 3 yıllık süreden önce feshetmesi halinde eğitim gideri karşılığı kararlaştırılan cezai şart, muaccel olacaksa işçi ikinci yılın sonunda sözleşmeyi feshederse kısmi ifa vardır ve zarar hesabı yapılırken kısmi çalışma süresi göz önünde tutulmalıdır.

c. İlliyet bağı

Asıl borca aykırılık ile meydana gelen fazla zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Cezai şartı aşan zarar ile asıl borç arasında illiyet bağının bulunmaması halinde borçlunun aşkın cezai şarttan sorumlu olacağı söylenemez.

d. Kusur ve Zararın İspatı

Sözleşmeyle kararlaştırılmış bulunan cezaî şartın istenmesi bakımından alacaklının gerek zarar ve gerekse kusur bakımından herhangi bir ispat

⁵⁶TUNÇOMAĞ, s.123.

⁵⁷TUNÇOMAĞ, s.124.

yükümlülüğünün bulunmadığını yukarıda ifade etmiştik. Ancak, cezaî şart miktarını aşan zararlarının tazminini isteyen alacaklı hem cezaî şart miktarını aşan zararını hem de borçlunun kusurunu ispat etmekle yükümlüdür.

Cezaî şart miktarını aşan fazla zararın tazminine ilişkin ispat külfeti, alacaklının üzerindedir. Böylelikle ispatla ilgili genel kurala dönülmüş olmaktadır. Bu bakımdan fazla zararın tazmininde ispat yükünün alacaklıya yükletilmesi yani cezaî şarta ilişkin genel kuralın tersine çevrilmesi hukukî duruma da uygun düşmektedir.

Borçlar Kanunu'nun 96 ve devamı maddelerince, sözleşme ilişkisinde kusurluluğun ispatı alacaklıya yükletilmemiş, bizzat borçluya kusursuzluğunu ispatlaması yükümlülüğü getirilmiştir. Kanun koyucu, munzam zararın tazmini açısından kusuru ispat yükümlülüğünü alacaklının üzerinde bırakmıştır. Kanaatimizce bu düzenleme yerindedir. Çünkü, borçlunun kendi iradesiyle belirlenmiş bulunan ceza miktarını aşan yeni bir talep karşısında zarar ve kusurun ispatı alacaklıya yükletilmesi haklar ve menfaatler dengesine uygun düşer. Alacaklıyı, borçlunun kusurunu ispat zorunda olmaksızın her halükarda zararı talep edebilme yetkisini tanımak borçluyu da feshin hesaplanamayan ağır sonuçlarına mahkum etmek sonucunu doğuracaktır.

Kusur ve zarar miktarının ispatını alacaklıya bırakan Borçlar Kanununun m.159/II hükmü emredici nitelik taşımamaktadır. Bu nedenle, tarafların anlaşarak ispat yüküne ilişkin kanunî paylaşımın dışına çıkmaları mümkündür. Bu nitelikteki bir anlaşmayla borçlunun cezaî şartı aşan zarardan sorumlu olmayacağı veya borçlu veya yardımcılarına isnat edilebilen hiç bir kusur bulunmasa dahi fazla zarardan sorumlu olacağı kararlaştırılabilir. Zarar miktarının önceden tespitinin mümkün olmadığı ya da kusur ve zararın ispatının zor olduğu durumlara ilişkin olarak tarafların bu hususta önceden anlaşma yapmış olmaları her iki tarafa da kolaylık sağlar⁵⁸.

Doktrinde SÜZEK, kusurlu olan borçlunun alacaklının uğradığı tüm zarardan sorumlu tutulmasının kanun sistematiğine ve hakkaniyete uygun olduğunu belirtmiştir. Süzek'e göre; eğer alacaklı borcun ifasındaki menfaatlerini iyi ölçmüş ve bunu karşılayacak yükseklikte uygun bir cezai şart tespit etmişse, zararını kolaylıkla

⁵⁸ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.126.

tazmin edebilir. Çünkü alacaklı, cezai şartı talep edebilmek için zarara uğradığını ya da borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Cezai şartı aşan miktarın talep edilemeyeceğinin kabulü halinde ise, yeterli miktarda cezai şart kararlaştırmamış olan alacaklı zarar görecektir. Borçlu menfaatleri de dikkate alındığında cezai şart vaat eden borçlu, borcunu ifa etmeyince veya eksik ifa edince cezai şart ödeyeceğini ve cezai şart alacağı için alacaklının bir zarara uğramasının gerekmediğini bilmektedir. Sözleşmeye göre; şartın gerçekleşmesi ile cezai şart alacağı muaccel hale gelmiş olur ve borçlu ancak ifa etmemede kusurlu bulunmadığını kanıtlayarak cezai şart ödemekten kurtulabilecektir. Kanunda aşırı cezai şartın indirilmesi kabul edildiği için alacaklıya cezai şartı aşan miktardaki zararı tazmin ettirme yetkisinin verilmemesi isabetli olmayacaktır. Aksi şekilde düşünülmesi halinde taraflar cezai şartı aşan zararlarını tazmin edilmeyeceği kanaati ile her halükarda çok yüksek miktarda cezai şart belirleme yoluna başvurabileceklerdir⁵⁹.

Belirli süreli iş sözleşmesi işveren tarafından haklı bir neden olmaksızın süresinden önce feshedilmesi halinde kalan süre için ücret istenebilir ancak sözleşmede cezai şart öngörülmüş ise sadece cezai şart hüküm altına alınabilir ve böyle bir durumda ayrıca Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre tazminat istenemeyecektir⁶⁰. Yargıtay konuya ilişkin somut bir kararında; taraflar arasında imzalanmış olan belirli süreli iş sözleşmesine göre; süresinde önce sözleşmenin feshi halinde, sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin ödeneceği ayrıca 3 yıllık brüt ücreti tutarınca da cezai şart ödeneceği kararlaştırılmış olup sözleşmenin davalı işveren tarafından süresinden önce feshedilmesi nedeni ile bakiye süre ücreti ile cezai şartın ayrı ayrı kabulü gerektiğini, yerel mahkeme tarafından sözleşmedeki düzenlenen cezai şartın Borçlar Kanunu'nun 158 /1. maddesinde öngörülen seçimlik bir cezai şart olduğu kabul edilerek bir miktar taktiri indirim yapılarak cezai şart yönünden hüküm tesis edilip, bakiye süre ücretinin reddine karar verilmesini doğru bulmamıştır. Ancak, bakiye ücret alacağı belirlenirken Borçlar Kanunu'nun 325/2 maddesi gereğince işçinin işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat eylediği şeylerin mahsup edilmesi

⁵⁹SÜZEK, İş Hukuku, s.120-121.

⁶⁰GÜNAY, İş Hukuku, s.344.

gerektiğini ve yine cezai şart miktarı tespit edilirken de cezai şartın fahiş olması nedeni ile indirilmesi gereğini gözeterek ayrı ayrı taleplerin kabulüne karar verilmesi gereğine değinmiştir⁶¹.

Kanaatimizce, cezai şartı aşan zararın talep edilip edilemeyeceği iki ayrı duruma göre ayrı ayrı incelenmelidir. Öncelikle Borçlar Kanunu 159/2 maddesi gereğince cezai şartı aşan miktarda zararı olduğunu ve borçlunun kusurunu kanıtlayan taraf elbette ki aşkın zararının tazminini talep edebilir. Ancak çalışmamız yönünden incelediğimizde; eğitim giderleri karşılığı olarak belirlenen cezai şart, bir tür ifayı engelleyen cezai şarttır. Taraflar, sözleşmede cüzi miktarda bir cezai şart kararlaştırmışlarsa elbette ki cezai şartı aşan zararlarını talep edebilmelidirler. Her halükarda, tarafların sözleşmenin hazırlanması sırasında fesih nedeni ile uğrayabilecekleri zarar miktarını objektif olarak belirlemiş olmalarını beklemek ve objektif zarar miktarının belirlenmemiş olması halinde ise cezai şart alacağı olan tarafın bu sonuca katlanması beklemek hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir. İkinci durum ise, tarafların yüksek miktarda bir cezai şart kararlaştırmasıdır. Çalışmamızın önceki bölümlerinde incelendiği üzere; fahiş cezai şart Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi gereğince indirilmekte ve böylelikle karşılıklı hak ve menfaatler dengelenmektedir. Fahiş miktarda cezai şart ın talep edilmesi halinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak fesih nedeni ile alacaklının uğrayacağı gerçek zarar miktarı bulunacak ve cezai şart uygun bir miktarda indirilecektir. Ardından alacaklının ek zarar talep etmesi halinde; talebin ne olduğu dikkatle irdelenecektir ve eğer yeni talep, bilirkişi incelemesi ile hesaplanan gerçek zararın içerisinde kalıyorsa bu durumda ek zarar talebi olarak kabul edilemeyecektir. Alacaklının bunun dışında cezai şart ile karşılanamayan ek zararı var ise bu dolaylı zararını koşulları oluşmuşsa talep edilebilmelidir.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında; işverenin sözleşmeyi süresinden önce feshettiği, işçinin süreden önce fesih nedeni ile sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı talep ettiği bir uyuşmazlıkta öncelikle cezai şartın fahiş olduğundan bahisle fahiş cezai şartın indirilmesi gereğine değinerek yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yerel

⁶¹ Y.9HD, T.23.03.2004, E.2003/13521, K.20004/5703, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 10.02.2009.

mahkemece bozmaya uyularak verilen kararda ise cezai şart indirilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olup hüküm kesinleşmiştir. Davacı işçi ise, cezai şartı aşan zararı olduğundan bahisle ikinci bir dava açmış olup mahkemece belirli süreli hizmet akdinin haklı neden olmaksızın ve süresinin sona ermesinden önce feshedilmesinin, davacıyı sonraki yaşamında ve belirlenen alacaklarından dolayı zarara uğratacağının açık bulunduğu ve bu nedenle, davacının ihbar önelinin sona erdiği tarih ile sözleşmenin normal süresinin bitim tarihi arasındaki dönemde alacağı ücret ve ikramiye, prim gibi ücretin eklerinden mahrum kalmasından kaynaklanan zararın B.K.nun 159/2. ve 325. maddeleri gereğince, cezai şart tutarını aşan kısmını isteyebileceği gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak kanımızca mahkemenin kararı, ne cezai şartın konuluş amacına ne de fahiş cezai şartın indirilmesine ilişkin Borçlar Kanunu 161/son fıkrasındaki düzenlemenin özüne uygun düşmemektedir. Bu hususu somut uyuşmazlıkta açıklayacak olursak; davacı işçi, daha önce, davalı ile aralarında düzenlenen hizmet sözleşmesinin cezai şartta ilişkin 6. maddesindeki hükmü çerçevesinde 374.000.000.000 TL. tutarındaki cezai şartın tahsili istemiyle dava açmış; o davada Yerel Mahkemece verilen davanın kısmen kabulüne, hesaplanan ve ancak fahiş bulunan cezai şart %50 oranında indirilmesine, 208 milyar TL. cezai şart bedelinin tahsiline karar verilmiş olup, yerel mahkeme kararı yapılan indirimin az olduğu gerekçesiyle Yargıtay 9. Hukuk Dairesince bozulmuş, mahkeme bozmaya uyarak %60 oranındaki indirimle 166.400.000.000 TL.'nin tahsiline karar vermiş, bu karar da anılan Dairece, yine yapılan indirimin az olduğu gerekçesiyle bozulmuş; verilen direnme kararını da Hukuk Genel Kurulu aynı gerekçeyle bozmuş; sonuçta mahkeme, %70 oranında indirime gitmek suretiyle 124.800.000.000 TL. cezai şartın faiziyle birlikte tahsiline hükmetmiş, bu karar ise onanarak kesinleşmiştir. Davacı vekili ikinci davasında ise; cezai şartı aşan zarar miktarı olarak nitelendirerek yeni bir dava açmıştır. Davacı işçinin davaları incelendiğinde; asıl olarak ilk davada ve ikinci davada talepleri aynı konuya yöneliktir, sadece yerel mahkemenin iki farklı alacağı nitelendirmesi farklıdır. İlk yerel mahkeme kararında; davacı işçinin 374.00,00 TL'lik cezai şartı talep etmiş olup, yerel mahkemece cezai şart miktarı fahiş bulunarak talebin kısmen kabulü ile 124.800,00TL'lik kısmının davalı işverenden alınıp davalı işçiye verilmesi karar bağlanmıştır. Açılan ikinci dava ile talep edilen alacak; esasında işçinin ilk

davada talep ettiği ve fahiş bulunarak hükme bağlanmayan kısma ilişkindir. Şöyle ki; ilk yerel mahkeme tarafından yaptırılan bilirkişi incelemesinde, davacının uğradığı ileri sürülen zarar miktarı sözleşme süresinin sonu esas alınmak suretiyle hesaplanmış olup davacı işçinin süreden önce fesih nedeni ile uğradığı toplam zararı bilirkişi marifeti ile tespit edilmiştir. Bilirkişi incelemesine göre karar verilmiş olması da dikkate alınarak davacının cezai şartı aşan bir zararından söz etmek mümkün değildir. Ayrıca, davacının açtığı ikinci davanın kabul edilmesi halinde ilk davada fahiş bulunan cezai şartın indirilmesinin ve fazlaya yönelik talebin reddedilmesinin teorik yönden geçerliliği kalmamış olacaktır. Yargıtay da kararında bu hususa dikkat çekerek kararı yerinde olarak bozmuştur⁶².

C. Cezai şartın indirilmesi

1. Genel olarak

Borçlar Kanunu'nun 161.maddesine göre; "Akitler, cezanın miktarını tayinde serbesttirler. Ceza, kanuna veya ahlaka (adaba) mugayir bir borcu teyit için şart edilmiş veya hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez. Hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir".

Kanun koyucu bu düzenleme ile sözleşmenin taraflarına cezai şart miktarını serbestçe belirleme yetkisi tanımış olup yukarıda anlatıldığı edildiği üzere bu serbestliği Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi ile sınırlandırmıştır. Ayrıca 161. maddenin son fıkrasında hâkimin fahiş gördüğü cezaî şartları indirmesine ilişkin bir hüküm getirerek tarafların cezai şart miktarını belirleme yetkisini de sınırlandırmıştır.

⁶² "Cezai şartın tahsili istemiyle davacı tarafından daha önce açılan davada ve gerekse görülmekte olan davada, davacının uğradığı ileri sürülen zarar miktarının sözleşme süresinin sonu esas almak suretiyle hesaplanmış ve bu doğrultuda tazminat talebinde bulunulmuş olmasına; cezai şart istemine ilişkin önceki davada Yerel Mahkemece hüküm altına alınan tutarların fahiş görülmesi nedeniyle, mahkeme kararlarının Özel Dairece birden çok kez bozulmuş ve aynı yöndeki direnme kararı üzerine, Hukuk Genel Kurulunca da Özel Daire bozma gerekçesi benimsenmek suretiyle bozma kararı verilmiş bulunmasına; Yerel Mahkemenin, Hukuk Genel Kurulu kararına uyararak verdiği 20.4.2005 gün ve 2005/760-205 sayılı kararın, 9. Hukuk Dairesince 12.7.2005 gün ve 2005/19298-24821 sayılı ilamla onanmak suretiyle kesinleşmiş olmasına; bu durumda, davacının cezai şartı aşan bir zararı bulunmadığının kabulü gerekmesine göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır". YHGK, 21.06.2006, E.2006/9-453, K.2006/451, Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.06.2008.

Cezaî şart miktarı borçlunun iktisadî hayatının tamamen mahvına sebep olacak genişlikte ise ceza, ya tamamen ya da ahlâk ve adaba aykırılık teşkil eden kısım bakımından Borçlar Kanununun 20. maddesi gereğince geçersiz olacaktır⁶³.

Bazı durumlarda ise ahlaka ve adaba aykırılık söz konusu olmasa da fahiş miktarda cezai şart kararlaştırılmış olabilir. Kanun koyucu iktisadî olarak güçlü olan alacaklının cezai şart vasıtasıyla borçluyu ezmesinin önüne geçmek amacıyla hâkime fahiş cezaî şartları indirme yükümlülüğü getirmiştir⁶⁴.

2. Cezaî şartın indirilmesi için gerekli şartlar

Cezai şartın indirilmesi için öncelikle muaccel bir cezai şart olmalı, taraflar arasında geçerli bir cezai şart sözleşmesi olmalı, cezai şart miktarının aşırı olması, borçlunun indirim talebinde bulunması ve cezai şartın ifa edilmemiş olması gerekir.

a. Geçerli Bir Cezai Şart Sözleşmesinin Varlığı

Fahiş olduğu gerekçesiyle cezai şartın indirilmesinin talep edilebilmesi için her şeyden önce geçerli bir cezai şart anlaşmasının varlığı gerekir. Kural olarak bütün cezai şartlar indirimde esas teşkil edebilirler. Cezai şart hükmü veya asıl borcun yer aldığı sözleşmenin geçersiz olmasından dolayı asıl borç ferî borç ilişkisi gereği hükümsüz hale gelirse indirim yapılması mümkün değildir. Bu gibi hallerde cezai şart ifa edilmiş ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilir⁶⁵.

İndirim yapılabilmesi için cezai şartın iş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesi ile dernek veya sendika tüzüğü ile kararlaştırılması olması önem arz etmez. Önemli olan cezai şart sözleşmesinin geçerli olmasıdır.

b. Cezaî Şartın Muaccel Olması

Borçlar Kanunu'nda cezaî şartın indirilmesi için muaccel olmanın gerektiği yönünde açık bir hüküm bulunmasa da, bu durum indirim için cezai şartın muaccel olmasının gerekmediği şeklinde yorumlanamaz. Çünkü muaccel olmayan ceza edimi bağımsız bir nitelik kazanmadığı gibi, muaccel olmayan cezaî şartın indirilmesinde

⁶³ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 129.

⁶⁴ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 130.

⁶⁵ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 142.

borçlunun önemli bir menfaati bulunmamaktadır. Aynı zamanda cezaî şart muaccel olmadan fahiş olup olmadığının tespiti de mümkün değildir⁶⁶.

c. Cezaî şartın aşırı miktarın yüksek olması

Cezaî şartın indiriminin en önemli nedeni borçlunun ödeme yükü altına girdiği cezaî şart miktarının aşırı derecede yüksek olmasıdır. Kanun cezaî şart miktarının aşırı olup olmadığının tespitini hâkime bırakmıştır. (BK m.161/III). Ancak hâkime bu değerlendirmeyi yaparken kullanacağı ölçüler verilmemiştir. Hâkim, cezai şartın aşırı olup olmadığını tespit ederken somut olayın özelliklerini adalet ve hakkaniyet çerçevesinde değerlendirecektir⁶⁷.

Cezaî şart miktarının fahiş olması halinde ahlâka da aykırılık teşkil edeceği söylenemez. Cezaî şart miktarının aşırı yüksek olması, onun ahlâk ve adaba aykırı sayılması için yeterli değildir. Cezaî şartın miktarının aşırılığının yanı sıra, borçlunun iktisaden yıkımını hedef almış olması gibi diğer başka saiklerin varlığının aranması gerekir⁶⁸.

Kanunda hâkimin fahiş cezaları indirmede hangi kıstaslardan yararlanacağı hususu açıklanmamıştır. Bununla birlikte uygulamada indirim miktarını belirlemede hâkime yardımcı olabilecek bir takım ölçütleri ortaya koyulmuştur. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre, cezai şarttan indirim yapılırken; tarafların iktisadi durumu, borçlunun ödeme kabiliyeti ile birlikte borcunu yerine getirmemiş olmasından dolayı sağladığı menfaat, alacaklının çıkarları, borçlunun kusur derecesi, borca aykırı davranışın ağırlığı, sözleşmeye aykırı davranış nedeni ile doğan zarar tutarı göz önünde tutulmak suretiyle indirimin gerçekleştirilmesi gerekir⁶⁹.

aa. Alacaklının menfaatleri

⁶⁶ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 144; OĞUZMAN/ÖZ, s. 884; GÜNAY, Cezai Şart, s.180; BAŞBUĞ, Aydın, “Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai şarttan İndirim”, Prof. Dr. Kamil Turan’a Armağan, KAMU-İŞ, 2003, C.7, S.2, s.243; KOCAAĞA, Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003, s.226.

⁶⁷ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 144; EREN, s. 1141; OĞUZMAN/ÖZ, s. 885; KOCAAĞA, s.229.

⁶⁸ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 145; EREN, s.1141.

⁶⁹ YHGK, T. 26.12.2001, E.2001/9-1175, K.2001/1166, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2008; YHGK, T.16.04.1986, E.1984/13-730, K.1986/416, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2008; Y.13.HD, 11.10.2005, E.2005/10534, K.2005/15033, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2008.

Borçlunun aleyhine olan cezai şart ile alacaklının sözleşmenin ifası dolayısıyla elde edeceği menfaat arasındaki oran hâkim tarafından göz önünde tutulmalıdır. Alacaklının akdin ifasından elde edeceği tüm maddî, manevî menfaatler alacaklı lehine değerlendirilmelidir. Alacaklının menfaatleri değerlendirilirken, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle uğramış bulunduğu tüm zarar değerlendirilmelidir. Cezai şart borçlunun edimini gereği gibi ifa etmesini sağlama amacını taşıdığı için cezai şart miktarının muhtemel zarar miktarından daha yüksek kararlaştırılmış olması cezai şartın amacına aykırılık teşkil etmez. Borçlu borca aykırı hareketi neticesinde alacaklıyı önemli ölçüde zarara uğratmış ise borçlunun indirme talebi reddedilmelidir⁷⁰.

bb. Borçlunun Kusurunun Ağırlığı

Cezai şartın ağırlığının tespitinde borçlunun kusurunun ve kusurunun ağırlık derecesinin tespiti de önem arz eder. Borçlunun kusuru çok ağır ise cezai şart az miktarda indirilebilecekken, kusuru çok hafif olan borçlu yönünden ise daha lehe bir değerlendirme yapılacaktır. Örneğin; borca aykırı hareket yardımcı kişinin kusuruna dayanmaktaysa borçlu lehine yorumlanmalı ve yüksek oranda indirim yapılabilir. Ancak borçlunun borca aykırı davranışta kusurunun hafif olması nedeni ile cezai şartın muhakkak indirilmesi gerektiği sonucuna varılamaz⁷¹.

cc. Borca Aykırılığın Ağırlığı

Borca aykırılık ve borçlunun kusuru farklı kavramlardır. Borca aykırılık konusunda hâkimin dikkat etmesi gereken husus borçlunun ne kadar borcuna uygun davrandığını belirlemektir. Borca aykırılık ağır ise cezai şartın aşırı olduğu kabul edilmemeli ve cezai şart indirime tabi tutulmamalıdır. Örneğin; işçinin rekabet yasağı sözleşmesine uymayarak işverenin işyerinin bulunduğu binanın içerisinde işverene rakip bir müessese kurarsa borca aykırılık ağır sayılmalı ve cezai şartın indirilmesi talebi reddolunmalıdır⁷².

⁷⁰ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 146; OĞUZMAN/ÖZ, s. 884; BİLGE, s.121-122; KOCAAĞA, s.233-234

⁷¹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 148,149; KOCAAĞA, s.236.

⁷² TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 147; GÜNAY, Cezai Şart, s.191; KOCAAĞA, s.234.

dd. Tarafların Ekonomik Durumu

Tarafların ekonomik durumları da cezaî şartın fahişliğinin tespitinde dikkate alınmalıdır. Ekonomik durum itibariyle borçlu, aşırı cezaî şartı kabule zorlanmışsa, bu durumda borçlu lehine yorum ile cezanın fahişliğine karar vermek gerekirken, borçlunun ekonomik olarak güçlü olduğu durumda cezanın fahiş olmadığı yönünde bir karar verilebilir⁷³. İş ilişkisinde genellikle ekonomik yönden güçsüz olan işveren karşısında işverene tabi ve işverenden ücret alarak geçimini sağlayan işçi bulunmaktadır. Ayrıca, İş Hukukunun işçiyi koruma ilkesi gereği de tafraların ekonomik yönden eşitsizliği nedeni ile fahiş cezai şartın indirilmesini haklı kılar⁷⁴.

d. Borçlunun indirme talebinde bulunması

Aşırı cezai şartın indirilmesi için borçlunun talepte bulunmasının gerekip gerekmediği konusu doktrinde tartışmalıdır. Birinci görüşe göre; indirim hakkı yenilik doğurucu bir hak olup bu nedenle hâkimin resen indirim yapabileceğinin kabulü mümkün değildir⁷⁵. İkinci görüşe göre ise; Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi kamu düzenine ilişkin olup borçlu talep etmese de hâkim her somut uyuşmazlıkta re'sen dikkate alınarak cezai şart indirilmelidir⁷⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında ise; "*hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis etmek zorundadır. Borçlar Kanununun 161'inci maddesinin son fıkrasındaki hüküm kamu düzeni ile ilgili olup görevinden ötürü hâkimin kendiliğinden göz önünde bulundurması gerekir. Yapılacak indirimde objektif esaslar göz önünde bulundurulmalıdır. Bu itibarla ve Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarına göre, hâkimin bu hükmü, bir talebe hacet kalmadan resen uygulaması gerekir,*" şeklindeki gerekçesi ile tarafların bu yönde talebinin bulunmasının

⁷³ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 149.

⁷⁴ "Borçlunun iktisaden zayıf olduğu durumlarda cezadan indirim yapılması, aynı hukukî durumda bulunmasına rağmen ekonomik açıdan güçlü olan borçlu için farklı çözüm tarzının benimsenmesi hakkaniyete aykırılık teşkil etmeyecektir". Y. HGK, T.02.02.2005, E.2004/9-759, K.2005/9, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁵ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 151; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s.887

⁷⁶ FEYZİOĞLU, s.403; SEROZAN Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s.232; REİSOĞLU, s.391; GÜNAY, Cezai Şart, s.174; KILIÇOĞLU, s. 584; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2005, s.522; ARICI, Cezai Şart, s.40.

gerekmediğini hükme bağlamıştır⁷⁷. Yargıtay aşırı cezai şartın borçlunun talebi olmasa da re'sen dikkate alınarak indirilmesi gerektiği yönündeki görüşünü devam ettirmektedir⁷⁸.

e. Cezai Şart İfa Edilmemiş Olmalıdır

Cezai şartın ifası ile borç sona ereceği için borçlu cezai şartı ifa ettikten sonra indirim talebinde bulunamaz⁷⁹. Yargıtay'ın da görüşü aynı yönde olup somut bir uyuşmazlıkta bu hususu “Cezai şart ödenmişse, hâkim bunu daha sonra indiremez” şeklinde karara bağlamıştır⁸⁰.

Kanımızca cezai şartın ifa edilmiş olması cezai şartın indirilmesine engel teşkil eder. Ancak borçlunun ihtirazi kayıt ileri sürerek cezai şartı ifa etmiş olması durumunda indirim talep ederek şartları oluşmuşsa ödediği miktarın bir kısmını geri alabilmelidir.

3. İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi

Kanun koyucu Türk Ticaret Kanunu'nda⁸¹ tacirler hakkındaki cezai şart hükümleri ile ilgili olarak Borçlar Kanunu'ndan farklı bir takım hükümler getirmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun ücret ve cezanın tenkisi kenar başlığı taşıyan 24. maddesine göre “Tacir sıfatını haiz bir borçlu, Borçlar Kanununun 104 üncü maddesinin 2. fıkrasıyla 161. maddesinin 3. fıkrasında ve 409. maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkmeden isteyemez”. Türk Ticaret Kanunu'nun bu maddesi Borçlar Kanunu'nun 161/son

⁷⁷ Aynı yönde; Y. 9.HD, T.25.09.1997, E.1997/12386, K. 1997/6371, **GÜNAY**, Şerh, s.374.

⁷⁸ Y.HGK, T. 02.02.2005, E.2004/9-759, K.2005/9, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; Y.13.HD, T.28.06.2005, E.2005/4458, K.2005/11078, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası; Y. 13.HD, T.20.05.2008, E.2008/1540, K.2008/6896, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası; Y. 13.HD, T.20.05.2008, E.2008/1958, K.2008/6943, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁹ **EREN**, s. 1140; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, s. 154; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.884; **KOCAĞA**, s.223,224; Aksi görüşte olan yazarlara göre cezai şart ifa edildikten sonra bir kısmının iadesi talep edilebilir. Ancak, hakim bu durumda borçlunun cezai şartı ödemiş olması nedeni ile borçlunun ekonomik durumunu daha dikkatli şekilde ele almalıdır. **FEYZİOĞLU**, s.404, dn.144; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 356;

⁸⁰ Y. 11.HD, T.10.03.1997, E.1996/4495, K.1997/2014, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 03.02.2008.

⁸¹ 09.07.1956 Tarihli ve 9323 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6762 sayılı Kanun.

maddesinin bir istisnasını oluşturur. Fahiş cezai şartın indirilememesi için borçlunun tacir olması ve borcun tacirin ticari faaliyeti ile ilgili olması gerekir⁸².

Türk Ticaret Kanunu'nun ticari işi tanımlandığı 3. maddesine göre, "Bu Kanunda tanzim olunan hususlarla bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir". Bu maddeye göre; tacir işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi işverenin ticari faaliyeti ile ilgili olup işveren yönünden ticari iş mahiyetindedir⁸³. Kural olarak işverenin ticari faaliyeti ile ilgili olan iş sözleşmesinde yer alan cezai şartın bu nedenle indirilememesi gerekir.

Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesindeki bu hükmün tacirin mahvına neden olacak derecede ağır olması halinde işveren bakımından uygulanmayacağını içtihat etmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1997 yılında verdiği emsal kararında "*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 şart iptal edilir. Tacir işveren ile işçi arasındaki ilişki ticari nitelikte değildir. Bu nedenle askerden dönen işçiyi işe almayan işverenin ödemesi gereken cezai şart indirilebilir*" şeklindeki görüşü ile tacir işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisini adi ilişki niteliğinde olduğunu kabul etmiştir ve cezai şartın Borçlar Kanunu'nun 161/son fıkrasına göre indirilmesine karar vermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yakın tarihli bir kararında da aynı görüşünü sürdürmüştür. Hukuk Genel Kurulu'nun kararına göre; "*İş hukukunun kendine özgü yapısı uyarınca, tacir sıfatını taşıyan işveren ile işçi arasında İş Kanunu hükümleri çerçevesinde düzenlenen bir hizmet sözleşmesinin, işveren bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesi anlamında ticari iş niteliğinde değildir. Tacir işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi İş Kanunu hükümlerine tabi, kendine özgü bir hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. İşçi-işveren ilişkilerinin kamu düzeni ile ilgili olması da bu*

⁸² OĞUZMAN/ÖZ, s. 885; ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004, s.138-139; POROY Reha/YASAMAN Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2001, s.112; BATTAL Ahmet, Tacirin İş Kanunu'na Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK.24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir Mi?, BATİDER 1999, C.XX, S.2, s.20-21; BAŞBUĞ, Cezai şarttan İndirim, s., KOCAĞA, s.257-258; "Münhasıran ticari olmayan hadiselere tatbik edilmesi icap eden Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin son fıkrasının ticari muamelelere teşmiline imkan yoktur". Y.İBK, T. 03.07.1940, E.1940/7, K.1940/71, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2008.

⁸³ ARKAN, s.61.

kabulü zorunlu kılar. Keza, İş Hukukunun temel ilkelerinden biri olan " tarafların dengeli tutulması" ilkesi de bunu gerektirir. İş akdindeki cezai şart borçlusu işveren tacir de olsa, Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesindeki emredici hüküm uyarınca, fahiş görüldüğü takdirde cezai şarttan re'sen indirim yapılması zorunludur”⁸⁴.

Hukuk Genel Kurulu'nun son kararında 10 kurul üyesi karşı oy kullanmıştır. Karşı oyun gerekçesi ise şöyledir: “İş Kanunu hükümlerine tabi bir hizmet sözleşmesinde Türk Ticaret Kanunu'nun 24'üncü maddesinin uygulanamayacağı kabul edilmiş ve İş Kanunu hükümlerinin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine nazaran daha özel bir düzenleme olduğu savunulmuştur. Bu görüşün hukuksal hiçbir dayanağı bulunmamaktadır. Zira, Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi hiçbir sözleşme şekli ve niteliğinden söz etmeksizin, salt sözleşme borçlusunun tacir olması halindeki cezai şart sorumluluğunu düzenlemiş bulunmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 24.madde hükmü, mahkemeye yönelik olarak emredici bir şekilde oluşturulduğuna göre, bu hükmün mahkemelerce resen dikkate alınması gerekir. "Tacir olmanın hükümleri" üst başlığının kapsamında ve "Ücret ve cezanın tenkisi" alt başlığı altında düzenlenen bu hükümle, tacir olan kişilerin, ticari işlerini yürütürken, tacir olmayanlara göre, daha çok riziko altına girmelerinin doğal sonucu olarak yine TTK'nun 20/2. maddesi gereğince basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğünün bir sonucu olduğu kabul edilmektedir”.

Yargıtay'ın tacir işveren ile işçi arasındaki sözleşmeyi ticari iş niteliğinde kabul etmediği kararları doktrinde eleştirilmiştir. Doktrindeki bu görüşe göre; iş sözleşmesine kamu düzeni gerekçesi ile emredici hükümler yolu ile müdahale edilmesindeki amaç; sözleşmenin güçsüz tarafı olan işçi aleyhine hükümler getirilerek işveren lehine sonuçlara ulaşmanın önüne geçilmesidir. Yargıtay ise bu kararında işveren lehine işçi aleyhine sonuç doğuracak bir hüküm kurmuştur ki, bu yorum tarzı İş Hukukunun kendine özgü yapısına uygun düşmez. Tacir işveren yönünden Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesinin uygulanmaması amaçlanıyor ise

⁸⁴ YHGK, T. 02.02.2005, E.2004/9-759, K.2005/9, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; Aynı yönde “Kural olarak tacir cezai şartın indirilmesini talep edemezse de; cezai şart tacir olan borçlunun ekonomik yönden mahvına neden olacak derecede yüksek ise indirim yapılabilir”. Y. 9.HD, T.19.04.2007, E.2006/11401, K.2007/3998, “ UYAP Mevzuat ve İçtihat Bankası; “Tacirin mahvına neden olacak cezai şartın Borçlar Kanunu m. 20 gereği indirilmesi gerektir. Fahiş cezaî şartların indirimine olanak sağlayan BK 161/son hükmü iş sözleşmesi ilişkilerinde uygulanır”. Y. 9.HD, T.19.03.1998, E.1998/3108, K.1998/5558, GÜNAY, Şerh, s.376.

yorum kurallarını zorlamak yerine yeni bir kanun hükmü getirilerek bu yöndeki görüş kanunlaştırılması daha uygun olacaktır⁸⁵.

Kanımızca doktrindeki görüş gerekçesi ve sonuç itibarı ile yerindedir. Türk Ticaret Kanunu'nun ticari işi tanımlayan 3. maddesi ve tacirin ticari işlerinde cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceğini düzenleyen 24. maddesinin açık hükümlerine karşın iş hukukunun kendine özgü niteliği kuralına dayandırılarak tacirin Borçlar Kanunu'nun 161/son hükmünden yararlanmasını sağlamak açıkça kanun hükümlerine aykırılık teşkil eder. Ayrıca, bu yorum tarzı Yargıtay'ın kararında belirtilenin aksine işçinin aleyhinedir. Tacir, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün sonucu olarak tacir, cezai şartın hüküm ve sonuçlarını tartarak hukuki ilişkiye girmelidir.

III. CEZAI ŞARTIN MUACCEL OLMASI

Cezai şart, asıl borca bağlı olup asıl borcun muaccel hale gelmesi ile birlikte cezai şart da muaccel hale gelir. Asıl borç, borçlu tarafından gereği gibi ifa edilmez veya hiç ifa edilmezse sözleşmedeki cezai şart muaccel hale gelecektir.

A. Asıl Borcun Muaccel Olması

Alacaklı asıl borcun ifasını talep edebildiği ve bu amaçla dava edebildiği anda borç muaccel olur. Taraflar borcun ifa zamanını sözleşme ile kararlaştırabilirler ya da bir ihbar, kanun hükmü ve yahut hukuki münasebetin mahiyeti gereği ifa zamanı belirlenebilir. Borcun ifa zamanı belirlenmemiş ve işin mahiyetinden de anlaşılamiyorsa Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi gereğince alacağın doğduğu anda muaccel hale geleceği kuralı uygulanmalıdır⁸⁶.

⁸⁵ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 179-180; BATTAL, s.22-23; ARKAN, s.138; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 59; BAŞBUĞ, Cezai Şarttan İndirim, s.253. Aşırı olan cezai şartın indirilmesine ilişkin kanun hükmü; zayıf durumda olan borçlunun sömürülmesini önlemeye yönelik kamu düzenine ilişkin bir kuraldır. Bu nedenle, borçlunun indirime yönelik önceden feragati geçersizdir. Dolayısıyla, sözleşmede cezai şartın tenkis edilemeyeceğine ilişkin bir hükme yer verilmiş olsa dahi, bu hüküm işçi açısından bağlayıcı olmayacaktır. ÖZDEMİR Erdem, "İş Hukukunda Eğitim Karşılığında Öngörülen Cezai Şart", Çalışma ve Toplum, 2005/1, S.4, s.152.

⁸⁶ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.97.

B. Asıl Borcun İfa Edilmemesi Veya Gereği Gibi İfa Edilmemesi

Cezai şartın muaccel olması için asıl borcun sözleşmede belirlenen şekilde ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi gerekir. Asıl borcun zamanında yerine getirilemeyeceği sözleşmenin devamı sırasında sabit olsa dahi ifa zamanı gelmeden cezai şart muaccel olmaz. Örneğin; sözleşmede inşaatın 1 Mayıs'ta bitirileceği ve aksi halde gecikilen her gün için belli bir cezai şart ödeneceği kararlaştırılmış olsa ve inşaat 1 Nisan tarihinde tamamlanmamış olup 1 Mayıs'a kadar tamamlanmayacağı sabit olsa da, alacaklı 1 Nisan tarihinde cezai şartı talep edemez⁸⁷.

Borç müteselsil bir borç ise ve bölünmesi mümkün değilse, borca aykırılık borçlulardan yalnız biri tarafından yapılmış olsa dahi cezai şartın tamamı muaccel olur ve tüm müteselsil borçlulardan istenebilir. Ancak, asıl borç müteselsil bir borç olup cezai şart borçlulardan sadece biri veya bir kaç tarafından taahhüt edilmişse borca aykırı eylem nedeni ile sadece cezai şart vaad eden borçlu sorumlu değildir⁸⁸.

Cezai şartın gerçekleşmiş olduğunu ispat yükü alacaklıda olmayıp cezai şartın muaccel olmasına neden olan sözleşmeye aykırı davranışın gerçekleşmediğini ispat yükü borçludadır. Asıl borcun muaccel olması halinde cezai şart da muaccel olacağı için borcun gereği gibi ifa edilmemesi veya hiç ifa edilmemesi halinde biri asıl biri bağımsız borç niteliği taşıyan iki borç bulunur⁸⁹.

C. Borçlunun Kusuru

Cezai şartın doğması için sözleşmeye aykırılığın yanında, bu aykırılığın borçluya yüklenebilecek bir kusura dayanması gereklidir. Borçlar Kanunu'nun 161/II maddesine göre "...hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez". Kanun koyucu borcun ifası borçlunun kusuru olmaksızın sonradan imkânsız hale gelirse alacaklının cezai şartı talep edemeyeceğini açıkça düzenlemiştir. Ancak Borçlar Kanunu'nun 161/II hükmünü sonraki imkânsızlık ile sınırlamamak gerekir. Aksi halde, Borçlar Kanunu'nun borca aykırı davranışta borçlunun sorumlu olması için kusur koşulunun gerekli görüldüğü

⁸⁷ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 98.

⁸⁸ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 99.

⁸⁹ EREN, s. 1135; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 38-39; KILIÇOĞLU, s. 577; GÜNAY, Cevdet İlhan, Cezai Şart (BK 158-161), Ankara 2002, Cezai Şart, s.73-74.

96. maddesindeki hüküm ile çelişkili bir durum yaratılmış olacaktır. Bu nedenle Borçlar Kanunu'nun 161/II maddesi geniş yorumlanarak borçlunun cezai şarttan sorumlu olması için kusurlu olması aranmalıdır⁹⁰.

Sorumluluğun doğması için kusurun ağır ya da hafif olması arasında bir fark yoktur. Ancak kusurun derecesi cezai şart miktarının indirilmesinde dikkate alınır⁹¹.

Borçlunun ifada kullandığı yardımcı kişilerin kusuru nedeniyle borç gereği gibi ifa edilmemişse borçlu Borçlar Kanunu 100. maddesi gereği kusuru bulunmasa dahi cezai şartı ödemekle yükümlü olacaktır⁹².

Sözleşme ile borçlunun kusuru olmasa dahi cezai şart ödeneceği kararlaştırılabilir. Örneğin; borçlu borcun ifasında yardımcı şahıs kullanmış ve borcun ifası yardımcı şahsın kusuru nedeni ile yerine getirilmemişse sözleşmede yer alan açık hüküm gereği cezai şart muaccel hale gelecektir⁹³.

IV. Cezai Şartın Sona Ermesi

Cezai şart ferî bir borç olduğu için sona ermesi asıl borcun sona ermesine bağlıdır. Asıl borç ifa, takas, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, ibra, sonraki imkânsızlık ve zamanaşımı gibi sebepler ile sona ererse asıl borca bağlı olan cezai şart da sona erer⁹⁴.

Asıl borç, cezai şart muaccel hale geldikten sonra sona ererse bu durumda cezai şart bağımsız bir borç niteliği taşıdığı için geçerli olur⁹⁵. Cezai şart, muaccel olduktan sonra ayrı olarak dava veya takip konusu yapılabilir. Asıl borçtan dönülmesi halinde dönme geriye etkili sonuç doğuracağı için cezai şart da sona erecektir⁹⁶.

⁹⁰ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.96; KILIÇOĞLU Mustafa, İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulamaları, Ankara 2005, s.759; KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s.582-583; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.480; OĞUZMAN/ÖZ, s.881-882.

⁹¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 881; BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 90; KOCAAĞA Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003, s.173.

⁹² TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 102; OĞUZMAN/ÖZ, s. 881-882; EREN, s. 1139; KOCAAĞA, s. 175.

⁹³ EREN, s. 1139; OĞUZMAN/ÖZ, s. 881-882.

⁹⁴ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s. 183; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1078; OĞUZMAN/ÖZ, s. 875; KOCAAĞA, s.142; EKİNCİ, s.363-366.

⁹⁵ KOCAAĞA, s. 144.

⁹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 878; KOCAAĞA, s. 142.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART KARARLAŞTIRILMASI

I. İŞ SÖZLEŞMESİNDE CEZAI ŞART

A. Genel Olarak

Uygulamada cezai şartın genellikle belirli süreli iş sözleşmelerinde kararlaştırıldığı görülmekle birlikte, sözleşmenin belirli süreli olması bu kayıtların geçerliliği bakımından şart değildir⁹⁷. Belirli süreli hizmet akitlerinin özelliği, kararlaştırılan sürenin bitimine kadar tarafların sözleşmeyi süreli fesih yolu ile sona erdirmemeleridir. Kararlaştırılan süreye rağmen taraflardan biri sözleşmeyi feshedecek olursa Borçlar Kanunu'nun sözleşmeye aykırılık hükümleri veya iş sahibinin temerrüdünü düzenleyen hüküm uygulama alanı bulacaktır. İşçisini belli bir süre işyerinde tutmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapan işveren işçinin süre dolmadan yaptığı fesihte sözleşmeye aykırılığın sonuçlarına gidecek ve zararının tazminini isteyebilecektir. Ancak tazminat hukukunun genel ilkeleri gereği işveren burada uğradığı zararı ispatlamak zorunda kalacaktır. Oysa cezai şart kararlaştırılmasının mümkün olması durumunda işveren, zararı ispat yükü olmaksızın cezai şart miktarını talep edebilecektir⁹⁸.

Çalışmamız açısından önem arz eden iş sözleşmesi tiplerinden belirli süreli iş sözleşmesi, zincirleme iş sözleşmesi ve deneme süreli iş sözleşmelerinde cezai şart kararlaştırılması konuları incelenecektir.

B. Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Cezai Şart

1. Belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı ve unsurları

4857 sayılı İş Kanunu'nun 9. maddesinin 2. fıkrasında iş sözleşmelerinin belirli ve ya belirsiz süreli olarak yapılabileceği düzenlenmiş olup, Kanunun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesi tanımlanmıştır. Buna göre; “Belirli süreli işlerde veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işçi ile işveren arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir”.

⁹⁷Asgari çalışma taahhüdü içeren belirsiz süreli iş sözleşmelerinde de cezai şart kararlaştırılması mümkündür. ALPAGUT Gülsevil, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2001, İstanbul 2003 s.116; KARAGÖZ, Karar İncelemesi, <http://www.e-akademi.org/icerik.asp?kategori=Makale&kid=1&git=15>, Erişim Tarihi: 30.11.2006.

⁹⁸SOYER M. Polat, “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s.366.

İş sözleşmesinin belirsiz süreli yapılması esas olup belirli süreli yapılması ise istisnadır⁹⁹. Kanun koyucu işçiyi koruma düşüncesi ile iş ilişkisinin belli bir süre ile sınırlandırılması için gerekli olan koşulları düzenlemiştir. Kanunun belirlediği koşullara sahip olmayan bir iş sözleşmesi tarafların sözleşmeyi belirli süreli olarak nitelendirmelerine bakılmaksızın belirsiz süreli iş sözleşmesi haline dönüşür ve bu tür iş sözleşmelerinin hukuki sonuçlarına tabi olur¹⁰⁰. Belirsiz süreli iş sözleşmeleri, feshe bağlanan hukuki sonuçlar ve iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanma olanağı verdiği için işçinin daha lehinedir¹⁰¹. Örneğin işçiye feshe karşı iş güvencesi getiren İş Kanunu'nun 18. maddesi belirli süreli iş sözleşmelerinde uygulanmaz.

Kanun koyucu, belirli süreli iş sözleşmelerinin feshi halinde belirsiz süreli iş sözleşmesine göre işverenin daha lehine sonuçlar doğuracağı için işverenin işçinin yasal haklarını engelleme ihtimaline karşı herhangi bir sınırlama olmaksızın her sözleşmenin belirli süreli olarak yapılmasını önlemek istemiştir ve bazı koşullar öngörmüştür¹⁰².

Belirli süreli iş sözleşmesinden bahsedebilmek için sözleşmenin belirli süreli olarak yapılmasını gerektiren objektif koşulların varlığı gerekir. İşin belirli süreli olması, belli bir olgunun ortaya çıkması ve benzer haller sözleşmeyi süre ile sınırlamayı haklı kılabılır. Örneğin; yaz mevsiminde açık olan ve sadece yaz

⁹⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.200; SÜZEK Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s.99; ALPAGUT Gülsevil, "4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi", Mercek, Ocak 2004, s.77.

¹⁰⁰SÜZEK, İş Hukuku, s.225; NARMANLIOĞLU Ünal, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s.182; SUR Melda, Değerlendirme Semineri 1999, s.17; CENTEL Tankut, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994 İş Hukuku, C.I, s.91; "Davalıya ait işyerinde belirsiz süreli akitle konut kapıcısı olarak çalışmaya başlamış olan ve daha sonra üç yıllık belirli süreli iş sözleşmesi imzalayan davacının yaptığı iş ve belirsiz süreli işe alınması dikkate alındığında belirli süreli akde değer verilmesi mümkün olmayacağından işçinin sözleşme süresi bitmeden iş akdinin haksız feshi nedeniyle talep ettiği bakiye ücret isteğinin reddi gerekir". Y.9.HD, T.22.09.2005, E.2005/308, K.2005/30969, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁰¹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.61; ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2008, s.85; AKTAY Nizamettin/ ARICI Kadir/SENYEN KAPLAN E.Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2007, s. 87; ALPAGUT, Belirli Süreli, s.30; ÇİL, Şahin, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2007, İş Kanunu Şerhi, C.I, s.565.

¹⁰² SÜZEK, İş Hukuku, s.199; EYRENCİ /TAŞKENT/ULUCAN, s.61; ÇELİK, İş Hukuku, s.85; EKONOMİ Münir, 4857 Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuka Uygunluğu, (I) Kavram Süre ve Yenileme, LEGAL İHSGHD, 2006/9, s.16; AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, s. 84vd; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.314; ALPAGUT, Belirli Süreli, s.5 vd; ALPAGUT, 4857 Sayılı Yasa, s.73; ERTÜRK Şükran, Türk ve Alman Hukukunda Belirli Süreli İş Akitlerine Genel Bir Bakış, Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan, Ankara 2000, s.225 vd.

mevsiminde iş yoğunluğu artan bir otel yaz mevsiminde işe alınan işçilerle belirli süreli iş sözleşmesi yapabilir¹⁰³.

Belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın süresinden önce feshi kanunda düzenlenmemiştir. Doktrinde ise, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın süresinden önce feshedilmesi haksız fesih niteliğinde kabul edilmekte olup işçinin ücret değil, tazminat alacağına doğacağı ve böylelikle işçinin kıdem tazminatı talep edebileceği savunulmaktadır¹⁰⁴.

Yargıtay da işverenin belirli süreli iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın feshetmesini haksız fesih olarak nitelendirmektedir. Hukuki sonuçları yönünde ise; ihbar tazminatına hükmetmezken, işçinin Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre bakiye ücret alacağını ve kıdem tazminatını talep edebileceğini kararlaştırmaktadır¹⁰⁵.

2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Ceza Şart

Kural olarak belirli süreli iş sözleşmesinin bildirimli fesih yolu ile sona erdirilememesi sözleşmenin her iki tarafı için de geçerlidir. Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre; işveren iş sözleşmesini belirlenen süreden önce feshederse işi kabulde temerrüde düşer ve kalan süreye ilişkin ücretini çalışmadan isteyebilir. İşçinin bakiye ücret alacağını miktarı hesaplanırken Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre; işçinin çalışmayarak tasarruf ettiği veya başka bir işte kazandığı ve kazanmaktan kasten kaçındığı miktarın mahsup edilmesi gerekir. Yargıtay da kararlarında bakiye ücretin tamamına değil, Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre mahsup edilmesi gereken miktarın esas alınarak belirlenecek miktara hükmedilmesi gereğine işaret etmektedir¹⁰⁶. Örneğin; somut bir uyuşmazlıkta taraflar arasında bir yıllık belirli süreli iş sözleşmesi yapılmıştır. İş sözleşmesinin bitimine on ay varken işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiştir. Ancak somut olayda davacı işçi, fesihten iki ay sonra başka bir işyerinde iş bularak çalışmaya başlamıştır.

¹⁰³ SÜZEK, İş Hukuku, s.201.

¹⁰⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.534; ÇELİK, İş Hukuku, s.239; NARMANLIOĞLU Ünal, Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı talep Hakkı, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s.401; ALPAGUT, 4857 Sayılı, s.90.

¹⁰⁵ Y. 9.HD, T.17.11.1999, E.1999/14668, K.1999/17565, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2000, s.31-32; Y.9.HD, T.13.06.2001, E.2001/7774, K.2001/10037, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2001, s.40

¹⁰⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.534; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, s.399; REİSOĞLU, s.167.

Bu nedenle Yüksek mahkeme işçinin yeni işte çalışarak elde ettiği 8 aylık kazancının bakiye süre ücret alacağından indirilmesi gereğine değinmiştir¹⁰⁷.

Belirli süreli iş sözleşmesi işveren tarafından haklı bir neden olmaksızın süresinden önce feshedilirse kalan süre için ücret istenebilir. Sözleşmede cezai şart öngörülmuş ise sadece cezai şart hüküm altına alınabilir. Böyle bir durumda ayrıca Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre tazminat istenemez¹⁰⁸.

İşçinin belirli süreli iş sözleşmesi hükümlerine uymaması halinde işverenin işçiye karşı hangi hukuki yola başvuracağı ise kanunda açıkça gösterilmemiştir. Doktrinde, belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi halinde işçiye bakiye süre ücretinin ödeneceği kanun ile düzenlendiği için işçinin iş sözleşmesini haksız olarak feshetmesi halinde de işverenin menfaatlerini güvence altına almak için iş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılmasında haklı menfaati bulunduğu kabul edilmektedir. Bu görüşe göre; böyle bir durumda tek taraflı cezai şart ile taraflar arasında eşitsizlik yaratıldığından ve salt bu nedenle işçi aleyhine olduğundan bahsedilemez. Burada, iş sözleşmesinde işveren lehine kararlaştırılan cezai şart, işçi lehine Borçlar Kanunu 325. maddesinde düzenlenen alacağın karşılığını oluşturur. Özellikle ekonomik konjoktörün yüksek olduğu dönemlerde işçinin ifa ettiği iş görme borcu işletme açısından özel önem arz etmekte ise işverenin işletme yönünden işçinin edimini belli bir süre ile güvence altına almasında korunmaya değer, haklı bir menfaati vardır¹⁰⁹. Yargıtay, eğitim gideri karşılığı cezai şart dışında belirli süreli iş sözleşmesinde işçi aleyhine cezai şart kararlaştırılmasını tek taraflı olarak nitelendirerek geçerlilik tanımamakta ve cezai şartın sözleşmeye uyulmasını sağlama için taraflarda baskı vasıtası olma unsurunu da göz ardı etmektedir¹¹⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yeni tarihli bir kararında belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesi halinde cezai şart ödenmesi

¹⁰⁷ Y.9.HD, T.13.11.2008, E.2007/30328, K.2008/30812, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁰⁸ GÜNAY, İş Hukuku, s.344.

¹⁰⁹ OĞUZMAN M. Kemal, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1992, İstanbul 1994, s.366-367; SAHLANAN Fevzi, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1992, İstanbul 1994, s.78; ALPAGUT, Değerlendirme Semineri 2001, s.116.

¹¹⁰ ALPAGUT, Değerlendirme 2001, s.116.

kararlaştırılmışsa da sözleşmedeki bu hükme göre cezai şarta hükmedilmesinin mümkün olmadığına karar vererek doktrinde eleştirilen görüşünü sürdürmüřtür¹¹¹.

Tek taraflı cezai şartın belirli süreli iş sözleşmelerinde kararlaştırılmasının uygulamadaki örnekleriyle incelendiğinde bir sonuca gidilebilecektir. Somut örnekteki dava konusu olayda işçi ile işveren arasında 5 yıl süreli belirli süreli iş sözleşmesi düzenlenmiştir. Sözleşmenin süresinin dolmasına rağmen taraflar iş ilişkisini sürdürmüştür. Sözleşmede “taraflardan herhangi birinin sözleşmeyi süresi içinde sözleşmeyi fesih yoluna gitmesi halinde 42000 DM cezai şart ödeyeceği” kararlaştırılmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise değerlendirmesinde, süresi biten belirli süreli iş sözleşmesinin bir kere uzatılması durumunda bir yıl süreli olarak yenilendiğini ve yenilenen sözleşmenin aynı şartları içerdiğini belirterek cezai şartı geçerli kabul etmiřtir¹¹². Somut olayda cezai şart her iki taraf için kararlaştırılmış olup işçi aleyhine değildir.

Cezai şartın tek taraflı olduğuna karar verilen somut bir uyuşmazlıkta ise; “Davacı ile davalı arasında bir yıl süreli tip sözleşme, iki yıl süreli özel sözleşme kurulmuştur. Davacı işçi, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’na göre çalışmaktadır. Her iki sözleşmenin 3/1 maddesine göre işçinin sözleşmeyi feshi

¹¹¹ YHGK, T.11.02.2009, E.2009/9-29, K.2009/67, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2009; **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 367; Y.9.HD, T. 07.04.1997, E.1997/628, K.1997/6836, YKD, Temmuz 1999, s.930-931; “Davalı ile davacı arasında 16/10/1989-16/10/1991 tarihleri arası için yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin 3.maddesinde işçinin belirli süreli iş sözleşmesinin kendi rızası ile feshederek işten ayrılması halinde 10.500.000TL cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmışsa da bu hali ile cezai şart tek yanlı olup işçiyi bağlamaz”. Y.9.HD, T.17.11.1992, E.1992/8777, K.1992/12603, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; “Belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin bitiminden önce feshi durumunda işveren lehine tek taraflı konan cezai şart geçersizdir”. Y.9.HD, T.29.12.1997, E.1997/18230, K.1997/22730, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2008.

¹¹² YHGK, T. 26.12.2001, E.2001/9-1175, K.2001/1166, **ALPAGUT**, Değerlendirme 2001, s.124; Benzer yönde “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 bozduğuna göre, sözleşmenin 8. maddesinin uygulanarak davacı işveren yararına cezai şart kabul edilmeli ve karar oluşturulurken de Borçlar Kanununun 161/son maddesine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Cezai şartın her iki taraf yararına düzenlendiğinin de ayrıca belirtilmesi yerinde olur.” Y.9.HD, T. 10.09.2001, E.2001/14588, K.2001/13116,http://www.diaport.com.tr/PublicPages/DiaDetails.aspx?diaf, Erişim tarihi:05.01.2009; “Taraflar arasında fesih tarihinde yürürlükte bulunan 1.11.2001 - 31.10.2002 tarihli belirli süreli hizmet akdinin olduğu mahkemenin de kabulündedir. Bu sözleşmenin 7. maddesinde özel şartlar düzenlenmiş olup ""h"" bendinde davacı aleyhine ""j"" bendinde de davalı aleyhine karşılıklı olarak cezai şart düzenlendiği saptanmıştır. hizmet sözleşmesindeki bu cezai şart düzenlemesi geçerlidir. http://www.diaport.com.tr/PublicPages/DiaDetails.aspx?diaf, Erişim Tarihi: 05.01.2009.

halinde brüt 4 aylık ücreti tutarında cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmelerdeki cezai şart maddeleri tek taraflı olup, işçi aleyhine olduğu için geçersizdir” şeklindeki gerekçesi ile mevcut görüşünü sürdürmüştür¹¹³.

Kanımızca karara konu sözleşmenin 3/I maddesinin tek taraflı olmasından bahisle geçersiz olduğunun kabulü ve mevcut Yargıtay uygulaması yerinde değildir. İşverenin sözleşmeyi süresinden önce feshetmesi halinde, işçi Borçlar Kanunu 325. maddesine göre bakiye süreye ilişkin ücretini alabilecekken; işçinin sözleşmeyi feshetmesi halinde cezai şart ödeneceğinin kararlaştırılmasında işverenin haklı menfaatini bulunmaktadır. Bu durumda, işçi Borçlar Kanunu’nun 325. maddesine göre korunan taraftır. Tarafların işveren ile işçinin eşit haklara sahip olacak şekilde sözleşmede bir cezai şart kararlaştırmaları ise kanuna aykırılık teşkil etmez. Hâkim, gerekirse Borçlar Kanunu madde 161/son hükmüne göre bu meblağı indirebilecektir. Böylelikle hem tazminat hukukuna uygun olarak tarafın haksız zenginleşmesinin önüne geçilmiş olacak hem de tazminat hukukundaki gibi zararın ispatına gerek kalmadan işverenin mağduriyeti giderilmiş olacaktır. Sözleşmede cezai şart miktarı 4 aylık brüt ücret olacağı belirtilmiş olup işçinin sözleşmeyi 4 aylık süreden uzun bir süre varken feshetmesi halinde durum ne olacaktır? Kanımızca bu durumda öncelikle taraf iradelerine üstünlük tanınmalı ve sadece sözleşmede belirlenen 4 aylık brüt ücrete hükmedilmelidir. Ancak işçi sözleşmenin süresinin bitimine 4 aydan kısa bir süre varken sözleşmeyi feshederse, sözleşmenin bu hükmü değil Borçlar Kanunu’nun 325. maddesi kıyas yoluyla uygulanarak işverenin bakiye süre kadar cezai şart alacağını olduğu kabul edilmesi işçi yararına yorum ilkesinin doğal sonucu olacaktır.

C. Zincirleme İş Sözleşmesinde Cezai Şart

1. Zincirleme İş Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

4857 sayılı İş Kanununun 11. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre ‘Belirli süreli iş sözleşmesi esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayanan zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar’.

¹¹³ Y. 9.HD, T.21.4.2003, E.2002/23061, K.2003/6649, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2008.

İş Kanunu'nun madde 11/2 hükmü belirli süre iş sözleşmesinin esaslı bir neden olmadıkça zincirleme olarak yapılamayacağını açıkça düzenlemiştir. İşveren belirli süre iş sözleşmesi yaparak işçiye fesih bildirim süresi vermeden veya bu süreye ilişkin ücreti ödemekten kurtulmayı veya işçiye kıdem tazminatı ödemekten kaçınmayı amaçlayabilir. İşveren bu amaçlarını gerçekleştirmek için belirli süreli iş sözleşmesini süre bitiminde müteaddit defalar tekrarlayarak işçiyle birbirine takip eden belirli süreli iş sözleşmeleri yapabilir. Dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesiyle işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemiş olur.¹¹⁴

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11/2 maddesindeki bu düzenleme yapılmadan önce doktrinde ve Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarında esaslı neden olmadan üst üste yapılan belirli süre iş sözleşmelerinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği kabul edilmekteydi¹¹⁵.

Kanun koyucunun 11.maddenin 2.fıkrasında esaslı neden olarak belirttiği kavram 11.maddenin 1.fıkrasında yer alan objektif koşul ve Yargıtay'ın kararlarında haklı neden olarak belirttiği kavramlar ile aynıdır¹¹⁶. Kanunda bu hususta sınırlayıcı bir sayım yapılmadığı için her somut uyuşmazlıkta iş ilişkisinin özellikleri dikkate alınarak zincirleme iş sözleşmesinin yapılmasını haklı kılan esaslı neden olup olmadığı ve işverenin sözleşme hakkının kötüye kullanıp kullanmadığı değerlendirilmelidir¹¹⁷.

İş sözleşmesinin objektif nedene dayanarak belirli süreli yapılmasından sonra ikinci yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı nedene dayanmaması halinde sözleşme başlangıçtan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşecek ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejimi tabi olacaktır¹¹⁸.

¹¹⁴ **SAHLANAN** Fevzi, Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, 'İktisadi, Sosyal ve Uluslar arası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması', İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002,s.156; **TASKENT Öner/ULUCAN** Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2005, s.53; **DEMİR**, Fevzi, İş Güvencesi Hukuku, İzmir 1999, s.46; **DEMİR** Fevzi, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2001, s.24,25.

¹¹⁵; **NARMANLIOĞLU** Ünal, Belirli Süre İş Sözleşmesi, s.383; **AKYİĞİT** Ercan, İş Hukuku, Ankara 2005, s.113; **TUNÇOMAĞ**, İş Hukuku, s.430-433; **SÜMER** Haluk, İş Hukuku Ders Notları, Konya 1993, s.31,32; **ALPAGUT**, Gülsevil, "4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi", Mercek, Ocak 2004, s.55; **ERTÜRK**, s.246.

¹¹⁶**SÜZEK**, İş Hukuku, s.206; **ÇELİK**, İş Hukuku, s.85; **ALPAGUT** Gülsevil, 4857 Sayılı Yasa, s.85; **MOLLAMAHMUTGÖLÜ**, s.264; **SÜMER**, Haluk, İş Hukuku, Konya 2004, s.37.

¹¹⁷ **ALPAGUT**, Belirli Süreli, s.60.

¹¹⁸**SÜZEK**, İş Hukuku, s.205; **ÇELİK**, İş Hukuku, s.84; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.265, **ALPAGUT** Gülsevil, 4857 Sayılı Yasa, s.85.

Zincirleme iş sözleşmesi yapılması kanun gereği şart kılınmış olabilir. Örneğin; 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun¹¹⁹ 9. maddesine göre; kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesinin belirli süreli olması zorunludur, bu nedenle üst üste yapılacak belirli süreli iş sözleşmesi belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmez.

Somut bir uyuşmazlıkta davacı işçi vakıf üniversitesinde öğretim görevlisi kadrosuyla görev yapmakta iken işveren tarafından belirli süreli iş sözleşmesi feshedilerek işine son verilmiştir. Yargıtay ise kararında; *“İş sözleşmesi incelendiğinde; her yıl için birer yıllık iş olmak üzere 2000-2006 yılları arasında belirli süreli iş sözleşmesi adı altında iş sözleşmeleri yapıldığı anlaşılmıştır. 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 31. maddesindeki düzenlemeye göre, vakıf üniversitesinde öğretim üyesi kadrolarına öğretim görevlileri en çok iki yıl süre ile atanabilir. Bu süre sonunda işgal ettikleri kadroya başvuran öğretim üyesi bulunmadığı ve görevlerine devamda yarar görüldüğü takdirde aynı usulle yeniden atanabilirler. Davacı işçi ile davalı arasında ise her yıl için birer yıllık iş sözleşmeleri yapılmışsa da belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılır ise, iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilecektir”* şeklindeki kararı ile iş sözleşmesini belirsiz süreli kabul etmiş ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin geçerli neden olmaksızın feshi nedeni ile işçinin işe iadesine karar vermiştir¹²⁰.

Zincirleme iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren esaslı nedene örnek olarak; davacı işçinin uluslararası bir kuruluş olan davalı işveren kuruluşta üst üste belirli süreli iş sözleşmesi yapması ile ilgili somut bir uyuşmazlık gösterilebilir. Yüksek Mahkeme davalı uluslararası kuruluşun iç yönetmeliğinde, genel direktörün en fazla bir yıllık ve yenilenebilir sözleşmelerle uzman ve yerel personel istihdam edebileceği kuralına yer verildiğini, işçinin eğitim ve mesleği gereği uzman bir konumda olup, bu madde kapsamında istihdam edilmiş ve iş sözleşmesi de bu madde gereğince

¹¹⁹ 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu 14/02/2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazete de yayımlanan 08/02/2007 tarih ve 5580 sayılı kanunun 14. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olup yerine aynı tarih ve sayılı Resmi Gazete ile 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu yürürlüğe girmiştir.

¹²⁰ Y.9.HD, T. 04.06.2007, E.2007/7323, K.2007/17668, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası,(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2008.

yenilendiğini, davacının iş sözleşmesinin birden fazla yenilenmesi, işverenin konumuna, iş mevzuatına ve davacının uzman olarak çalıştırılması esaslı nedenlerine dayandığından sözleşmenin belirsiz süreli kabul edilmesinin hatalı olduğunu belirtmiş ve davacı işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağına karar vermiştir¹²¹.

2. Zincirleme İş Sözleşmesinde Cezai Şart

İş ilişkisinde sözleşme ile cezai şart karşılaştırılmasına özellikle belirli süreli iş sözleşmelerinde rastlanmaktadır. Zincirleme iş sözleşmesi, esaslı bir neden ile belirli süreli iş sözleşmesinin üst üste yapılması ile meydana geldiği için zincirleme iş sözleşmesinde de cezai şart karşılaştırılabilir. Zincirleme iş sözleşmesinin esaslı nedene dayanması ve geçerli kabul edilmesi halinde cezai şart hükmü de devam eden iş sözleşmelerinde geçerli kabul edilecektir¹²².

Belirli süreli iş sözleşmesinin kanunda öngörüldüğü üzere esaslı nedene dayanılarak zincirleme şeklinde yapılamamış olması halinde sözleşme baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır. Bu durumda iş sözleşmesinin süresinden önce feshini engellemeye yönelik olarak düzenlenmiş olan cezai şart maddesi sözleşmenin belirsiz süreli hale dönüşmesi nedeni ile hukuki nedenden yoksun olacak ve cezai şart istenemeyecektir¹²³. Ancak cezai şart iş sözleşmesinin süreden önce feshine ilişkin değilse (örneğin; eğitim karşılığı cezai şart veya rekabet

¹²¹ Y. 9.HD, T.05.02.2007, E.2006/30127, K.2007/2013, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.11.08.2008.; **SÜZEK** Sarper, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1989, İstanbul 1991, s.43-44; **NARMANLIOĞLU** I, s.182,183; Aynı yönde "Davacı işçi, 625 sayılı Kanun'a göre çalışmaktadır. 625 sayılı Kanun'a göre; özel okul öğretmenleri ile belirli süreli iş sözleşmesi yapmak zorunlu olduğundan, özel okul öğretmeni ile zincirleme şeklinde belirli süreli iş sözleşmesi yapılırsa dahi sözleşme belirsiz hale dönüşmez. Açıklanan bu nedenle davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz."Y. 9.HD, T.24.01.2005, E.2004/28341, K.2005/1165, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası,(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2008.

¹²² **EKONOMİ** Münir, Belirli Süreli Hizmet Akdinin Susma İle Yenilenmesi- Zincirleme Hizmet Akitlerinin Oluşması- Belirsiz Süreli Hizmet Akdine Dönüşme ve Bildirimli Fesih- Cezai Şartın Uygulanması, Karar İncelemesi, İHD, S.1-4, C.3, 1993, s.571; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.522; "İş sözleşmesinin aynı süre ile yenilendiği ancak yeni sürenin bitiminden önce sözleşmenin feshedildiği anlaşıldığından davalı, sözleşmede yer alan cezai şart ı ödemekle yükümlüdür."Y. 9.HD, T. 11.04.2003, E.2002/20581, K.2003/6120, Çimento İşveren, Temmuz 2003, s.52-53.

¹²³ **EKONOMİ**, Cezai Şartın Uygulanması, s.571.

yasağı sözleşmesine ilişkinse) sözleşmeye aykırılık teşkil eden bu hallerde cezai şart geçerli olacak ve talep edilebilecektir¹²⁴.

Borçlar Kanunu'nun 339. maddesinde iş sözleşmesinin sukut ile tecditi düzenlenmiş olup doktrinde tarafların yeni bir iş sözleşmesi yapmayı mevcut sözleşmeyi uzatmaları durumunda zincirleme iş sözleşmesindeki gibi esaslı nedenlerin bulunması gerektiği belirtilmiştir¹²⁵. Susma ile yenilenen iş sözleşmesinde yer alan cezai şart hükmü de geçerliliğini koruyacaktır. Ancak ilk sözleşme bir yıldan fazla süreli ise sözleşmenin yenilenmeden iş ilişkisinin devamında Borçlar Kanunu'nun 339/1 maddesi gereğince sözleşme bir yıl süre ile yenilenmiş sayılacağı için yeni bir yıllık süre cezai şartın miktarı belirlenirken ve uyuşmazlık halinde Borçlar Kanunu madde 161/son hükmüne göre cezai şart indirilirken dikkate alınmalıdır¹²⁶.

D. Deneme Süreli İş Sözleşmesinde Cezai Şart

1. Deneme Süreli İş Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

Deneme süreli iş sözleşmesi ile taraflar iş sözleşmesinin başlangıç dönemi için bir deneme süresi kararlaştırırlar ve bu süre içerisinde sözleşme ile bağlanıp bağlanmama hususunda karar verme haklarını saklı tutarlar¹²⁷. Deneme süresi içerisinde işveren, işçinin bilgisi, yetenekleri, çalışkanlığı, kişiliği konusunda bilgi sahibi olacağı gibi, işçi de bu süre içerisinde işyeri ve çalışma şartları hakkında bilgi sahibi olacaktır ve her iki taraf da iş ilişkisinin kendi beklentilerine uyup uymadığını değerlendirerek karara varır¹²⁸.

Kanun koyucu 4857 sayılı İş Kanunu'nun 15. maddesinde iş sözleşmesindeki deneme kaydının en fazla iki ay olabileceğini ancak toplu iş sözleşmesi ile bu sürelerin dört aya kadar uzatılabileceğini hükme bağlamıştır. Deneme süresinin iki aydan fazla olması durumunda deneme kaydı geçersiz sayılmamalı, yasadaki iki aylık deneme süresi uygulanmalıdır¹²⁹.

¹²⁴ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.146.

¹²⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.396; NARMANLIOĞLU I, s.256; TUNÇOMAĞ, s.342; CENTEL, İş Hukuku, C.I, s.170.

¹²⁶ EKONOMİ, Cezai Şartın Uygulanması, s.571; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.147.

¹²⁷ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.71; ALPAGUT, s.75.

¹²⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.212; ÇELİK, İş Hukuku, s. 92

¹²⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.212.

Deneme süresi, belirli süreli ve belirsiz süreli her türlü iş sözleşmesinde kararlaştırılabilir. Taraflar deneme süresi kararlaştırıp kararlaştırmamakta serbesttir¹³⁰.

İş Kanunu'nun 15/2 maddesine göre; "Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilirler. İşçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır". Deneme süresi içerisinde taraflar herhangi bir gerekçe gösterme zorunluluğu olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesini süresinden önce, belirsiz süreli iş sözleşmesini herhangi bir bildirim süresine uymaksızın feshedebilirler. Deneme süresi içerisinde taraflar iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlarını karşılıklı olarak yerine getirmekle yükümlüdürler. Örneğin; işçi bu sürede sigortalı sayılacak ve fesih anına kadar tüm işçilik alacaklarını işverenden talep edebilecektir¹³¹. Deneme süresinden sonra sözleşmenin feshi halinde ise belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinin sonuçlarına ilişkin hükümler uygulanacaktır¹³².

2. Deneme Süreli İş Sözleşmesinde Cezai Şart

Deneme süreli iş sözleşmesinde taraflar henüz kesin bir şekilde sözleşme ile bağlanmamakla birlikte, deneme süresinden itibaren geçerli bir iş sözleşmesi mevcut olduğundan taraflar bu sözleşmeden doğan hak ve borçlarını yerine getirmekle yükümlüdürler.

Taraflar iş sözleşmesinin deneme süresinin bitiminden önce dürüstlük kuralına aykırı olarak feshedilmesi halinde cezai şart ödenmesini kararlaştırabilirler. Ancak deneme süresi içerisinde taraflar gerekçe göstermeksizin iş sözleşmesini feshedebildikleri için fesih hakkı kötüye kullanılabilir. Bu nedenle karşı tarafı zarara uğratan tarafın zararı gidermesi gerekir. Örneğin; deneme süresi içerisinde işçinin

¹³⁰SÜZEK, İş Hukuku, s.212; ÇELİK, İş Hukuku, s. 92; CENTEL, İş Hukuku, C.I, s.96; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.71.

¹³¹ SÜMER, İş Hukuku, s.33. "Davacı işçinin, davalı Kuruma ait işyerinde 103 gün çalıştırılmış olduğu konusunda bir uyuşmazlık yoktur. Ancak iş sözleşmesinin bir deneme süresine bağlı tutulmuş olması, insan emeğinin ücretsiz bırakılması vakıasına bir meşruiyet izafe edemez. Çalışılan süre için hak kazanılan ücretin neden ibaret olduğu araştırılıp varılacak sonuç uyarınca bir karar alınması gereklidir". Y.9.HD, T.23.10.1970, E.1970/8604, K.1970/11400, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2008.

¹³² SÜZEK, İş Hukuku, s.213-214.

işyeri ile ilgili mesleki sırları öğrenmiş olması ve rekabet yasağına aykırılık teşkil eden eylemde bulunması halinde işverenin zarara uğrayacağı açıktır¹³³.

Deneme süreli iş sözleşmesinde sözleşmeye aykırılık halleri bakımından öngörülen cezai şartın muaccel olması için deneme süresinin geçirilmiş olması ve tarafların iş sözleşmesi ile bağlanma iradelerinin kesinleşmiş olmasına bağlıdır. Ancak, kural olarak deneme süresi içerisinde geçerli olmak üzere cezai şart kararlaştırılmaz. Çünkü deneme süreli iş sözleşmesinin amacı; tarafların karşılıklı olarak iş sözleşmesi ile bağlanıp bağlanmama iradelerini saklı tutarak karşılıklı olarak iş ilişkisinin kurulması halinde işleyişin nasıl olacağı konusunda bilgi edinmeleridir¹³⁴.

Somut bir uyuşmazlıkta, iş sözleşmesinde bir aylık bir deneme süresi belirlenmiş ve yine sözleşmede bir aylık deneme süresi içerisinde hizmet akdinin, önceden bildirilmeye gerek olmaksızın ve tazminatsız derhal feshedilebileceği kararlaştırılmıştır. Yargıtay örnek bir kararında cezai şartın deneme süresinin geçirilmesinden sonra etkisini göstereceğini ve talep edilebilir hale geleceğini, işçinin deneme süresi içerisinde sözleşmeyi feshetmesi nedeni ile cezai şart ödeme yükümlülüğünün olmadığını belirtmiştir¹³⁵. Kanımızca da Yargıtay'ın bu kararı yerinde olup deneme süreli iş sözleşmesinin amacına uygundur. Deneme süresi içerisinde taraflar fesih haklarını saklı tutarlar. Kanunen tanınan fesih hakkı kanunun amacına aykırı olarak sınırlandırılmamalıdır.

II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDE CEZAI ŞART

Toplu iş sözleşmesi, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hükümleri düzenlemek için yapılan, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, toplu iş sözleşmesinin uygulanması ile uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin hükümleri de içerebilen yazılı bir sözleşmedir¹³⁶.

Toplu iş sözleşmesi hakkı Anayasanın 53. maddesinde bir anayasal hak olarak düzenlenmiştir. Anayasanın 53. maddesine göre; “İşçiler ve işverenler,

¹³³ NARMANLIOĞLU, I, s.187-188; EKONOMİ Münir, “Deneme Süresinde Çalışan İşçiye Ücret Ödenmesi, İHU İş Kanunu m.12(No.1), s.88.

¹³⁴ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.154.

¹³⁵ Y.9.HD, 24.04.1996, E.1995/35258, K.1996/9448, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.14.08.2008.

¹³⁶ ÇELİK, İş Hukuku, s.468.

karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir”. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunu’nun 2. maddesinde ise toplu iş sözleşmesi şöyle düzenlenmiştir: “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. Toplu iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir”.

Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunu’nun 4. maddesinde toplu iş sözleşmelerinin geçerli olması için şekil şartı getirilmiş olup buna göre; toplu iş sözleşmesi yazılı olarak yapılmadıkça geçerli olmayacaktır.

Toplu iş sözleşmesinin tarafları, toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde aralarındaki iş ilişkisini düzenleyen kurallar koyabileceklerdir. Böylelikle; toplu iş sözleşmesi hukuk kaynağı olarak iş sözleşmesine göre öncelikli olarak uygulanacaktır¹³⁷.

Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunu’nun 2. maddesinden anlaşılacağı üzere toplu iş sözleşmesi hükümleri normatif(düzenleyici) ve borç doğurucu hükümler olmak üzere iki grupta toplanabilir. Toplu iş sözleşmesinin doğumu için normatif kısmın varlığı şarttır¹³⁸. Ancak, normatif kısımda iş sözleşmesine ilişkin olarak belirtilen konuların tümünün değil, bunlardan en az birinin düzenlenmesi biçiminde anlamak gerekir¹³⁹.

¹³⁷ ÇELİK, İş Hukuku, s. 462.

¹³⁸ ÇELİK, İş Hukuku, s. 467; TUNCAY Can, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s. 123.

¹³⁹ ÇELİK, İş Hukuku, s.469; SUR Melda, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1991, s.162; TUNCAY, İş Hukuku, s.123; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s. 354; AKYİĞİT Ercan, İş Hukuku, Ankara 2005, s. 453.

A. Normatif Hükümler ve Cezai Şart

Normatif hükümler, toplu iş sözleşmesinin en önemli bölümünü oluşturur. Toplu iş sözleşmesinin normatif kısmı; iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesine ilişkin hükümleri içerir.

Toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinin şekline ilişkin hükümler getirmek mümkündür. Bu durumda, iş sözleşmesinin geçerliliği toplu iş sözleşmesinde öngörülen şekil şartına uygun olmasına bağlı olacaktır¹⁴⁰. Borçlar Kanunu'nun 16. maddesine göre; taraflar, kanunen özel bir şekle tabi olmayan bir sözleşmenin özel bir şekilde yapılmasını kararlaştırmışlar ise, sözleşme belirlenen şekilde yapılmadıkça iki taraf bununla bağlı olmayacaktır. Toplu iş sözleşmesi ile birlikte iş sözleşmesi için şekil şartı kararlaştırılması durumunda geçerliliği asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlı olan cezai şart düzenlemesinin de aynı şekil şartına riayet edilerek yapılması gerekir. Ancak, Borçlar Kanunu'nun 16/1 maddesi gereğince iradi şekil şartının ancak kanunen şekil şartı getirilmemiş sözleşmeler bakımından kararlaştırılabileceği unutulmamalıdır.

Toplu iş sözleşmesinde öngörülen şekil şartının ispat şartı olarak kararlaştırılması da mümkündür. Bu halde iş sözleşmesi şekil şartına göre yapılmamış olsa dahi geçerli olacaktır¹⁴¹. Toplu iş sözleşmesinde belirlenen şekil şartının ispat şartı mı geçerlilik şartı mı olduğu hususunda sözleşmede açıklık olmaması durumunda, işçi lehine yorum yapılarak geçerlilik şartı değil, ispat şartı olduğu kabul edilmelidir¹⁴².

Normatif hükümlerin en önemli bölümü iş sözleşmesinin muhtevasına ilişkin hükümlerdir. Toplu iş sözleşmesinin asıl amacı olan işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarının korunması, geliştirilmesi ve çalışma koşullarının saptanmasına ilişkin başlıca hükümler muhteva hükümlerini oluşturur. Ücret, fazla çalışma ücreti,

¹⁴⁰ ÇELİK, İş Hukuku, s. 162; AKYİĞİT is toplu iş sözleşmesi ile ilgili olarak öngörülen şeklin ispat şekli olduğu görüşündedir. AKYİĞİT, S. 455.

¹⁴¹ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.163.

¹⁴² ÇELİK, İş Hukuku, s. 469; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 124.

prim, ikramiye ödemeleri, sosyal yardımlar, izinler ve çalışma süreleri ile ilgili hükümler bu bölümde yer alır¹⁴³.

İşçinin ücret alacağı, işçi yönünden sözleşmenin amacını oluşturur. Toplu iş sözleşmesi ile ücrete ilişkin hükümler düzenlenirken, ücretin ödenmemesi halinde cezai şart ödenmesi kararlaştırılabileceği gibi edimlerin gereği gibi ifa edilmemesi halinde ödenmesi kararlaştırılan cezai şartın işçinin günlük, aylık ücretinin belli bir oranı esas alınması sureti ile cezai şartın miktarı da belirlenebilir.

Yargıtay ücret alacağının geç ödenmesi halinde ödenmeyen ücretin her gün için %1 artırılarak ödenmesi yönündeki sözleşme hükmünü cezai şart olarak nitelendirmiş ve geçerli kabul etmiştir¹⁴⁴. Doktrinde bir kısım yazarlar, bu tür sözleşme maddelerinin cezai şart niteliği taşıyan temerrüt faizi olduğunu savunmuştur¹⁴⁵. Kanımızca, doktrindeki bu görüş yerindedir. Somut uyuşmazlıkta, işveren belirlenen günde işçinin ücretini ödemeyerek mütemerrit duruma düşmüştür ve ücretin zamanında ödenmemesi nedeni ile ödenmesi kararlaştırılan %1'lik cezai şart esasında niteliği itibarı ile temerrüt nedeni ile muaccel hale gelen temerrüt faizidir.

Normatif hükümler ile işçinin borca aykırı davranışı halinde cezai şart ödeyeceği kararlaştırılabilir. Bu konuda en sık rastlanan örnek; işçinin sadakat borcu ve sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde rekabet yasağını ihlal etmesi nedeni ile yükümlü olacağı cezai şarttır.

Taraflar işyerinin devri halinde işyeri devrinin hukuki sonuçlarının neler olacağına iş sözleşmesinde yer vermiş olabilirler. Yargıtay somut bir uyuşmazlıkta toplu iş sözleşmesi ile işyerinin devri halinde cezai şart ödenmesini kararlaştırılabileceğini karara bağlamıştır¹⁴⁶.

¹⁴³ ÇELİK, s. 470; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 125.

¹⁴⁴ Y.9.HD, T.17.04.1995, E.1994/19193, K.1995/13162, Çalışma Hayatı ile İlgili Yargıtay Kararları 1990-1195, Kamu-iş, Ankara 1996s. 363.

¹⁴⁵ OĞUZMAN, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1993, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Genel Görüşme, İstanbul 1995, s. 49; BAŞBUĞ, Cezai Şarttan İndirim, s.248.

¹⁴⁶ Ancak somut uyuşmazlıkta işyeri devrinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesine göre çalışma koşullarında değişiklik teşkil ettiğini, işyeri devrinin üzerinden 9 ay geçtiğini ve işçinin Kanun'un 22. maddesinde belirtilen 6 iş günlük sürede karşı çıkmadığı ve kabul ettiği için işyeri değişiklik işlemi

İş sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili düzenlenen normatif hükümler ile de cezai şart kararlaştırılabilir. Örneğin; toplu iş sözleşmesi ile fesih bildirim süreleri, fesih nedenleri veya usulüne ilişkin düzenlemeler ve bu kurallara uyulmaması halinde cezai şart ödeme yükümlülüğü getirilebilir¹⁴⁷.

B. Borç Doğurucu Hükümler ve Cezai Şart

Borç doğurucu hükümler, 2822 sayılı 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; "Toplu iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir". Kanunun lafzi yorumundan anlaşılacağı üzere toplu iş sözleşmesinde borç doğurucu hükümlerin bulunması zorunlu değildir. Borç doğurucu hükümlere örnek olarak; işyeri sendika temsilcilerinin sendikal faaliyetlerine, temsilci odalarına, ilan tahtalarına ilişkin hükümler gösterilebilir¹⁴⁸.

Taraflar toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde serbestçe borç doğurucu hükümler kararlaştırabilirler ve bu hükümleri uygulanması ve çalışma barışının korunması için borç doğurucu hükümlere aykırı davranılması halinde cezai şart ödenmesi kararlaştırılabilir¹⁴⁹. Kanımızca, borç doğurucu hükümlerde kararlaştırılan cezai şart, ifa yerine cezai şart niteliğinde olmayacaktır. Örneğin; toplu iş sözleşmesi ile temsilci odaları, ilan tahtaları ile ilgili hükümlere uyulmaması nedeni ile işverenin cezai şart ödemekle yükümlü olacağı kararlaştırılmış ise işverenin bu hükme aykırı davranışı halinde iş ilişkisi bu nedenle sona ermeyecek sadece işverenin cezai şart ödeme yükümlülüğü doğacaktır.

Toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesinde işçi aleyhine cezai şart kararlaştırılmayacağına ilişkin hükümler getirilebilir. Ancak, toplu iş sözleşmesi ile bu yönde bir düzenleme yapılmassa dahi, işçi aleyhine tek taraflı cezai şart

geçerli kabul edilmiş olup işçinin cezai şart talebinin reddedilmesi gereğine karar vermiştir. Y.9.HD, T. 19.09.2005, E.2005/27701, K.2005/30370, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2008.

¹⁴⁷ ÇELİK, İş Hukuku, s. 473; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 129.

¹⁴⁸ ÇELİK, s. 474.

¹⁴⁹ GÜNAY, Cezai Şart, s. 95, ARICI, Cezai şart, s. 37.

kararlaştırlamayacağı yönündeki Yargıtay kararları yerleşik hale gelmiş olup, uyuşmazlık halinde tek taraflı işçi aleyhine cezai şart geçerli kabul edilmeyecektir.

C. Toplu İş Sözleşmesinde Düzenlenen Cezai şart Hükümlerinin Yorumlanması

Toplu iş sözleşmesinde düzenlenen cezai şart hükümlerinin açık ve belirgin olmaması halinde cezai şart hükmünün yorumlanması gerekir. Bu bölümde toplu iş sözleşmesinin yorumlanmasında başvurulacak ilkeler ve doktrindeki görüşleri inceleyeceğiz.

Toplu iş sözleşmelerinin borç doğurucu hükümlerinin yorumunda Borçlar Kanunu'nun 18. maddesindeki sözleşmelerin yorumuna ilişkin hükümlerin dikkate alınması gerektiği hususunda doktrinde görüş birliği oluřmuřtur¹⁵⁰. Ancak toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin nasıl yorumlanması gerektiği konusunda ise doktrinde tartişmalıdır.

Birinci görüşe göre; toplu iş sözleşmesi kendine özgü bir özel hukuk sözleşmesidir ve toplu iş sözleşmesinin yorumunda sözleşmelerin yorumuna ilişkin hükümler uygulanır¹⁵¹. İkinci görüşe göre ise; normatif hükümlerin uygulanmasında öncelikle sözleşme hükümlerinin dikkate alınması gerekir. Ancak bunun için sözleşme hükümlerinin açık ve anlaşılır olması gerekir. Toplu iş sözleşmesi taraf iradelerinin bir sonucu olup, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin yorumlanmasında tarafların ortak iradelerinin araştırılması gerekir¹⁵².

Alman hukukunda, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin yorumunda ekonomik ve sosyal amacın göz önünde tutulması yanında tarafların

¹⁵⁰TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 202; TUNÇOMAĞ/CENTEL, İş Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2005, s. 347; TUNÇOMAĞ, s.226

¹⁵¹ELBİR, İş Hukukunda Yorum, İHD, 1969, C.I, S.24.

¹⁵²SÜZEK, İş Hukuku, s.27; SÜZEK, İş Hukukunun Genel Esasları, s.33,34; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 345; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 203, ELBİR, s. 29; "Toplu iş sözleşmesi şekle bağlı bir sözleşme olup şeklin konuluş gayesinden hareket ederek tarafların gerçek iradelerinin tespitinde resmi şeklin muhtevasını ihtiva eden metne öncelik tanınmalıdır". KAPLAN İbrahim, "Sözleşmenin Hakim Tarafından Yorumu", Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.458,459; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai şart, s. 171.

gerçek iradelerinin araştırılması gerekliliğine dikkat çekilmekte ve kanun yorumu ile sözleşmenin yorumu arasında bu hususun ortak bir esas olduğu savunulmaktadır¹⁵³.

Yargıtay 9 Hukuk Dairesi de, toplu iş sözleşmesinin hükümleri yorumlanırken kural olarak tarafların sözleşmenin yapılması sırasındaki ortak ve gerçek iradelerinin araştırılmasını ve güven prensibinin dikkate alınması gerektiğini, tereddüt halinde sadece bir maddenin lâfzî yorumuna değil, maddenin sözleşme içerisindeki yerinin ve toplu iş sözleşmesinin bütününe göz önünde tutularak objektif bir yorum yapılması gerektiğine kararlarında yer vermiştir¹⁵⁴. Örneğin; sözleşmede belirlenen yükümlülükler aykırılık halinde kıdem tazminatının üç katı tutarında tazminat ödenir şeklindeki hüküm esas itibarı ile tarafların sözleşmeyi gereği gibi ifa etmesi için kararlaştırılması amacını güden bir cezai şart niteliğindedir¹⁵⁵.

Toplu iş sözleşmesi ile taraflara bir anayasal hak olarak iş ilişkisini doğrudan doğruya ve emredici olarak etkileyen kanun gibi düzenlemeler yapma hakkı tanınmıştır¹⁵⁶. Toplu iş sözleşmesi ile sendikalı işçi ile işveren arasındaki karşılıklı borç ilişkisinin hükümleri düzenlenirken taraflar karşılıklı olarak taleplerini ve kabullerini ortaya koyarlar ve iş sözleşmesinden farklı olarak burada işverenin karşısında işçi sendikası bulunmaktadır ve taraflar karşılıklı görüşmeler sonucunda anlaşmaya varırlar. Bu nedenle, iş hukukundaki işçi yararına yorum ilkesinin her tür toplu iş sözleşmesinde her halükarda uygulanması gerektiği söylenemez. Toplu iş sözleşmesinin amacı dikkate alındığında ancak şüphe durumunda işçi yararına yorum ilkesine gidilebilir¹⁵⁷.

¹⁵³ ÇELİK, İş Hukuku, s. 504; Yargıtay'ın toplu iş sözleşmesinin yorumunda kanun hükümlerinin yorumuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde kararları mevcuttur. Y. 9.HD, 20.04.1987, E.1987/3816, 1987/3991, Kamu-İş, Temmuz 1997, s. 55-56.

¹⁵⁴ Y.9.HD, T. 24.02.2009, E.2008/39440, K.2009/3451, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.18.06.2009.; Y.9.HD, T. 24.09.2001, E.2001/15268, K.2001/14427, Çimento İşveren, Ocak 2002, s.49-52; Y. 9.HD, T. 04.03.1993, E.1993/1747, K.1993/3559, İşveren Haziran 1993, s.17-18; Y. 9.HD, T.15.06.1982, E.1982/5032, K.1982/15233, Kamu-Sen, Eylül 1989, s.30

¹⁵⁵ Y. 9.HD, T.13.03.2007, E.2007/715, K.2007/6520, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.03.07.2009.

¹⁵⁶ ÇELİK, İş Hukuku, s. 503.

¹⁵⁷ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 346; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.167; Aksi görüş TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s.203-204.

Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen yararlılık ilkesinin de toplu iş sözleşmesinin ve cezai şartın yorumunda nasıl uygulama alanı bulacağı tartışılmalıdır. Bu düzenlemeye göre; toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri geçerli olacaktır. Taraflar, toplu iş sözleşmesi ile her halükarda toplu iş sözleşmesinin geçerli olacağına ilişkin bir düzenleme getirirler dahi, kanunun bu hükmü emredici olduğu için aksine yapılan sözleşme hükmü geçerli olmayacaktır¹⁵⁸. Bu nedenle toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesine aykırı olacak şekilde ve işçi aleyhine cezai şart hükmü getirilmesi halinde sadece iş sözleşmesindeki düzenleme geçerli olacaktır. Toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan tek taraflı veya işçi aleyhine olan cezai şartın, iş sözleşmesinden önce veya sonra yapılmasının önemi yoktur. Eski sözleşmenin yürürlüğü sırasında yapılan bir iş sözleşmesindeki işçi yararına hüküm ile sonradan yapılan iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri yararlılık ilkesinin uygulanma alanı yönünden aynı değer ve niteliktedir¹⁵⁹.

Yararlılık ilkesi, iş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesinin aynı konuya ilişkin düzenlemeler içermesi halinde uygulanacaktır ve uygulamada yapılması gereken ise birbiri ile çatışan hükümlerin tek tek ele alınıp karşılaştırılması sureti ile işçi yararına olanın bulunmasıdır. Toplu iş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılmış ancak iş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılmamış ise iki sözleşmede aynı konuda düzenleme olduğundan bahsedilemeyeceği için yararlılık ilkesi uygulama alanı bulamayacaktır. İşçi, toplu iş sözleşmesi ile cezai şart kararlaştırılmışsa iş sözleşmesinde böyle bir hükmün yer almadığını ve bu nedenle cezai şartın geçersiz olduğunu iddia etse dahi, bu iddialarına üstünlük tanınmayacaktır¹⁶⁰.

¹⁵⁸ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.396; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s.163.

¹⁵⁹ ÇELİK, s.507; TUNCAY ise yeni sözleşme ile birlikte yararlılık ilkesinin etkisini kaybedeceğini ileri sürmektedir. TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s.164.

¹⁶⁰ ÇELİK, s. 507; NARMANLIOĞLU, II, s.443

D. Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Cezai Şart Hükümlerinin Yorumunda Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay toplu iş sözleşmesi ile cezai şart hükümlerinin düzenlenebileceğini belirtmektedir. Toplu iş sözleşmesindeki cezai şart hükmünün belirli olmaması halinde tarafların gerçek iradeleri göz önünde tutularak cezai şart hükmü yorumlanmalıdır.

Yargıtay, toplu iş sözleşmesinde düzenlenen “işverenin zorunlu işçi çıkarma hakkını hatalı kullandığı veya sözleşme hükümlerine uymadığı saptanırsa, işçinin açıkta geçen süreye dair hakları ödenerek derhal işe başlatılacağı, aksi halde ihbar ve kıdem tazminatları toplamının 3 katı tutarında tazminat ödeneceği”¹⁶¹, “bu maddeye aykırı olarak işten çıkarılan işçiye kıdem tazminatı iki kat fazlası ile ödenir”¹⁶², “işveren işçiyi haklı bir neden olmaksızın işten çıkarırsa toplu iş sözleşmesi ile öngörülen ihbar ve kıdem tazminatlarına ek olarak ayrıca her yıl için bir maaş tutarında tazminat öder”¹⁶³ hükmünü ve “muvazaf 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”¹⁶⁴, “1475 sayılı yasanın 17/2. maddesi dışında keyfi ve haksız bir sebeple işten çıkarmalarda, işten çıkarılan işçiye hak ettiği ihbar ve kıdem tazminatı tavan tutarının 10 katı tutarında iş güvencesi tazminatı işverence ödenir”¹⁶⁵, “işçinin ihbar ve kıdem tazminatlarının 3 katı tutarda tazminat ödenir.Şu kadar ki,bu ödeme işçinin ücretinin 1 yıllık tutarından az olamaz”¹⁶⁶ şeklindeki tazminat alacağı ile ilgili hükümleri cezai şart olarak kabul etmiştir.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/13 maddesine göre; toplu iş sözleşmesi ile ve hizmet akitleri ile belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı, Devlet Memurları

¹⁶¹ Y. 9.HD, T.13.03.2007, E.2007/715, K.2007/6520, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁶² Y. 9.HD, T.14.05.2001, E.2001/5528, K.2001/8372, GÜNAY Cevdet İlhan, Cezai Şart, Ankara 2002, s.95.

¹⁶³ Y.9.HD, T.02.03.2000, E.1999/20271, K.2000/2463, GÜNAY, Şerh, C.I, s.813.

¹⁶⁴ Y. 9.HD, T. 15.10.1997, E.1997/9-486, K.1997/822, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁶⁵ Y.9.HD, T. 03.10.2006, E.2006/22136, K.2006/25712, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁶⁶ Y.9HD, 27.10.2008, E.2007/29831, K.2008/28960, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası.

Kanunu'na tabi en yüksek devlet memuruna 5434 sayılı TC. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek olan azami emeklilik ikramiyesini geçemez. Üst sınırın aşılması durumunda ise sözleşmenin tamamının değil üst sınırı aşan kısmının geçersiz sayılması gerekir. Yargıtay, yukarıda bahsedilen kararlarında cezai şarta ilişkin düzenlemelerin kıdem tazminat tavanını aşma amacına yönelik hükümler olarak değil cezai şart olarak geçerli kabul edilmesi gereğine değinmiştir¹⁶⁷.

Doktrinde Yargıtay'ın kıdem tazminatının tavanına ilişkin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/13 maddesinin dolanma niteliğinde sayılmamasına ilişkin görüşü şu gerekçelerle yerinde bulunmuştur. Öncelikle; tarafların ortak amaçlarının belirlenememesi durumunda bir hükmü tamamen geçersiz kabul etmek yerine hükmün geçerliliğini sağlayacak bir yorum için taraf iradeleri dikkate alınmalıdır. Buna göre; tarafların toplu iş sözleşmesinde amaçları; geçersiz bir sözleşme kararlaştırmak olmayıp, edimlerin gereği gibi ifasının sağlanmasıdır. Toplu iş sözleşmesindeki anılan hükümlerin kıdem tazminatına ilişkin hükümler olduğunun kabul edilmesi halinde bir yıldan az süre ile kıdemi olan işçinin toplu iş sözleşmesinin bu maddesindeki düzenlemeden hiçbir şekilde yararlanması mümkün olmayacaktır. Oysa tarafların toplu iş sözleşmesindeki gerçek iradeleri ile amaçladıkları bu sonuç değildir. Sözleşmeye aykırılığın yaptırımının cezai şart olduğunu kabul etmek işçi yararına olacaktır. Aksi halde, Basın İş Kanunu'na tabi işçilerin kıdem tazminatına hak kazanmaları için 5 yıllık çalışma süresine sahip olmaları gerektiği için işçi lehine toplu iş sözleşmesindeki cezai şart alacağı muaccel hale gelse dahi kıdem süresi kanunen kıdem tazminatı edinmeye yeterli olmayacağı

¹⁶⁷ “Davacı işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin 12/b maddesine dayanarak istekte bulunmuş, mahkemece anılan hüküm kıdem tazminatı niteliğinde yorumlanarak dava reddedilmişse de, hüküm niteliği itibarıyla cezai şart olup buna göre hüküm tesisi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.” Y.9.HD,T.11.9.1995, E.1995/811, K.1995/24943, **GÜNAY**, Şerh, s.376; Aynı yönde “Y. 9.HD, T.27.10.2008, E. 2007/29831, K.2008/28960, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası. (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.20.02.2009; Yargıtay eski tarihli bir kararında aksi yönde görüş belirtmiştir; “SSK'dan emekliliğine üç yıl ve daha az süresi kalan işçiler işten çıkarılır ise kıdem tazminatı iki kat ödenir” şeklindeki hüküm cezai şart değil kıdem tazminatını aşmaya yönelik bir kayıttır.” Y.9.HD, T. 19.06.1996, E.1996/1783, K.1996/1783, İşveren, Ağustos 2006, s.17; Aynı yönde “Y. 9.HD, T.27.10.2008, E. 2007/29831, K.2008/28960, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası. (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.20.02.2009.

için cezai şart hükmü de uygulanamayacaktır. Bu sonucun ise tarafların gerçek iradelerine uygun olduğu söylenemez¹⁶⁸.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde 15/03/2003 tarihinde 4773 sayılı yasa ile iş güvencesine ilişkin hükümler yürürlüğe girinceye kadar iş güvencesine ilişkin kanuni düzenleme mevcut olmadığı için toplu iş sözleşmesi ile iş güvencesi tazminatı niteliğinde cezai şart hükmü kararlaştırıldığına ilişkin hükümlere sıklıkla rastlanmaktaydı.

Somut bir uyuşmazlıkta, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlük tarihinden önce taraflar arasında toplu iş sözleşmesi imzalanmış olup davacı işçi, işverenin sözleşmeyi feshetmesi nedeni ile kıdem, ihbar tazminatı, ücret alacağı, ikramiye alacağı, yakacak yardımı, giyecek yardımı, yıllık izin ücreti ve iş güvencesi tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yüksek Mahkeme, toplu İş Sözleşmesi, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce imzalandığı için davacı işçinin toplu iş sözleşmesinde belirlenen iş güvencesinden koşulları mevcutsa yararlanabileceğini; ancak, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını hükme bağlamış, toplu iş sözleşmesine yer alan iş güvencesi tazminatının cezai şart olup fahiş olduğu için tenkise tabi tutulması gereğine değinmiştir¹⁶⁹.

¹⁶⁸ NARMANLIOĞLU Ünal, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshe Karşı Korunması, "İktisadi, Sosyal ve Uluslar arası Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması", İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, s.334; SÜZEK Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL'a Armağan, Kamu-İş 2002, S.4, s.8,86- 88; ALPAGUT Gülsevil, Değerlendirme Semineri 2001, s.126; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 170- 171; ÖZDEMİR'e göre; feshe ilişkin olarak yasalarda öngörülen tazminat hükümlerini artıran sözleşme hükümleri her zaman cezai şart olarak nitelendirilemez. İşverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshettiği her durumda borcun ihlalinin mevcut olduğu söylenemez. Kıdem tazminatını artırımına karşılık olarak işverene bir yükümlülük getirilmişse ancak bu durumda teknik anlamda bir cezai şarttan bahsedilebilecektir. ÖZDEMİR, s. 145.

¹⁶⁹ Y.9.HD, T. 19.12.2008, E.2008/42231, K.2008/34239, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası; Aynı yönde "Toplu İş Sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce imzalanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinden davacı yararlanamaz. Ancak davacı Toplu iş sözleşmesinde belirlenen iş güvencesinden koşulları mevcutsa yararlanabilir. Bu nedenle davacının Toplu iş Sözleşmesindeki iş güvencesi tazminatına ilişkin isteğinin kabulü yerindedir. Ancak iş güvencesi tazminatı cezai şart olup fahiş bulunmaktadır. Borçlar Kanunu 161/sona göre indirim yapılarak tazminat miktarı belirlenirken, 4857 sayılı yasanın 21. maddesindeki alt ve üst sınırlar, davacının hizmet süresi yönünden göz önünde bulundurulmalıdır". Y.9.HD, T.25.07.2008, E.2008/2950, K.2008/22064, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2008; Y.9.HD, T.04.10.2007, E.2007/733, K.2007/29264, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2008.

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlük tarihinden önce toplu iş sözleşmesi imzalanmış ve işçi 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine göre iş güvencesi kapsamında kalıyor ise yerleşik Yargıtay uygulamalarına göre İş Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir. Yüksek Mahkeme konuya ilişkin bir kararında; “4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önce imzalanan toplu iş sözleşmesinde feshe karşı bir güvence kapsamında cezai şart tazminatı maddesi düzenlemiştir. Davacı 4857 sayılı yasa ile getirilen iş güvencesi kapsamında kalmaktadır. Daha önce imzalanan toplu iş sözleşmesindeki cezai şart niteliğindeki istek konusu tazminatın, iş güvencesi kapsamına giren davacı açısından, önemi kalmamıştır. Feshin geçersizliği ve işe iade istemi süresinde ileri sürülmediği ve istenmediği takdirde, fesih geçerli hale gelecektir. Bu durumda geçersizlik şartlarına bağlı Toplu iş sözleşmesi hükmündeki tazminat istenemeyecektir” şeklinde iş sözleşmesinin feshi halinde toplu iş sözleşmesinden sonra yürürlüğe giren İş Kanunu hükümlerinin toplu iş sözleşmesine göre öncelikli olarak uygulanacağını ve işe iade koşullarından yararlanan işçinin iş güvencesi tazminatı talep edemeyeceğini karara bağlamıştır¹⁷⁰.

E. Toplu İş Sözleşmesinde Öngörülen Cezai Şartın İndirilmesi

Toplu iş sözleşmesi tarafların sözleşme özerkliğine dayanmaktadır ve bu özerklik çerçevesinde taraflar çalışma hayatına ilişkin kuralları karşılıklı anlaşma çerçevesinde düzenlemektedirler.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına göre, toplu iş sözleşmesindeki cezai şart hükümlerinin fahiş olması halinde Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi hükümlerine göre indirilmesi gerekir¹⁷¹.

¹⁷⁰ Y.9.HD, T.06.06.2005, E.2005/29686, K.2005/20409, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.12.08.2008; Aynı yönde, Y.9.HD, 20.10.2008, E.2007/29425, K.2008/27963, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2008; Y.9.HD, T.27.03.2007, E.2007/661, K.2007/8598, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2008; Y.9.HD, 03.10.2006, E.2006/22136, K.2006/25712, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2008.

¹⁷¹ “Toplu iş sözleşmesinde düzenlenen cezai şart hükmünün fahiş olup Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi hükmüne göre indirime gidilmesi gerekir.” Y.9.HD, T.04.10.2007, E.2007/733, 2007/29264, UYAP İçtihat ve Mevzuat Programı, Erişim Tarihi.07.08.2008.

Öğretide; toplu iş sözleşmesindeki cezai şart hükmünün indirilip indirilemeyeceği hususu ise tartışmalıdır. Birinci görüşe göre; toplu iş sözleşmesindeki cezai şart kaydının fahiş olması durumunda iş sözleşmesinde düzenlenen cezai şart hükmü gibi indirilmesi mümkündür. Bu görüşe göre; cezai şart toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri içerisinde yer almaktadır ancak fahiş cezai şartın indirilmesi ile normatif etki farklı farklı değerlendirilmelidir. Toplu iş sözleşmesi de hukuki niteliği itibarı ile bir sözleşmedir ve temelinde hakkaniyet ve dürüstlük kuralına dayanan Borçlar Kanunu 161/3 maddesi bu sözleşme ilişkisinde de uygulanmalıdır. Ancak, toplu iş sözleşmesindeki cezai şartın indirilmesinde iş sözleşmesinden daha sınırlı davranılarak daha az bir indirim yapılması gerekir. Çünkü iş sözleşmesinde sözleşmenin tarafları eşit olmasa da kural olarak toplu iş sözleşmesinde taraflar eşittir. Ayrıca bu görüşe göre; yerleşik uygulamaya göre fahiş cezai şartın indirilmesi hâkime tanınmış bir yükümlülük olup toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri ancak kanunun tanıdığı imkânlar çerçevesinde etki gösterebilecektir¹⁷².

KARAGÖZ aynı sonuca farklı gerekçe ile ulaşmıştır. Yazara göre; aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin BK. m.161/3 hükmü emredici nitelikte olduğu için tarafların toplu iş sözleşmesi özerkliğine dayanarak kanunun emredici nitelikteki hükümlerini sözleşme yoluyla ortadan kaldıracabilmeleri mümkün değildir. Taraflar, toplu iş sözleşmesinde eşit pazarlık gücüne sahiptirler. Aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin BK.m161/3 hükmünün, amacı ise; öncelikle alacaklı karşısında zayıf durumda olan borçlunun korunmasıdır. Tarafların ekonomik durumu ise indirimin gerekli olup olmadığının değerlendirilmesinde aşırılığın tespitinde kullanılabilir olan unsurlardan sadece bir tanesidir. Bu nedenlerle toplu iş

¹⁷² **EKMEKÇİ**, Ömer, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1999, İstanbul 2001, s.69; **SÜZEK**, İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s.126; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, İş Hukuku, s.523; **ŞAHLANAN**, Fevzi, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1999, İstanbul 2001, s.127; **EKONOMİ** Münir, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1999, Genel Görüşme, İstanbul 2001, s.162; **ARICI**, Cezai Şart, s.37; **GÜZEL** Ali, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1999, İstanbul 2001, s.162.

sözleşmesiyle öngörülen cezai şart somut olayın gösterdiği özelliklerde dikkate alındığında aşırı olduğu takdirde indirilebilmelidir¹⁷³.

İkinci görüşe göre ise; bu tür hükümler, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri arasında yer almaktadır ve hâkim tarafından indirim tabi tutulamazlar¹⁷⁴. SÜZEK'e göre; bu görüş, toplu iş sözleşmesi özerkliğine dayanır. Taraflar toplu iş sözleşmesi ile emredici ve normatif nitelikte hükümler belirleyebilirler. Normatif hükümler ancak, Anayasa ve Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen ilkelere ve mutlak emredici nitelikteki hükümlere aykırılık halinde geçersiz olacaktır. Toplu iş sözleşmesinde öngörülen cezai şarta ilişkin kayıtlar, herhangi bir sözleşme hükmü niteliğinde olmayıp, anayasal temele dayanan toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde oluşturulan normatif kurallar niteliğindedirler. Cezai şartın indirilmesi, Anayasal toplu iş sözleşmesi özerkliğine kabulü mümkün olmayan bir müdahale oluşturur¹⁷⁵. Ayrıca, toplu iş sözleşmesinde işveren karşısında işverene tabi bir işçi değil işveren sendikası bulunduğu için ekonomik ve sosyal yönden güçsüz işçiyi koruma düşüncesi uygulama alanı bulamayacaktır¹⁷⁶.

Fransız Hukukunda, Borçlar Hukukunda yer alan klasik sözleşmeler bakımından uygulanmakta olan indirim ilişkine ilişkin hükmün, toplu iş sözleşmesi özerkliğiyle bağdaşmadığı ve toplu iş sözleşmesiyle öngörülen cezai şartın indirim tabi tutulamayacağı kabul edilmektedir¹⁷⁷. İsviçre Hukukunda ise, tarafların ekonomik durumu dışında kalan ölçütlerden yararlanmak suretiyle, cezai şartın aşırı olduğu belirlendiği takdirde, indirim yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁸.

Kanımızca toplu iş sözleşmesinin özerkliği ilkesi gereği sözleşmede yer alan cezai şart hükmü miktar yönünden denetime tabi tutulmamalıdır. Toplu iş sözleşmesi anayasal bir hak olup tarafların serbest iradelerinin ürünüdür. Toplu iş sözleşmesinin

¹⁷³ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 175.

¹⁷⁴ EKONOMİ Münir, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Tazminat Açısından Yargıtay'ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1999, İstanbul 2001, Genel Görüşme, s.162; GÜZEL, Değerlendirme Semineri 1999, Genel Görüşme, s.166; ÇELİK, Aynı Seminer, Genel Görüşme, s.168; NARMANLIOĞLU, İşçinin Feshe Karşı Korunması, s.333-334; SÜZEK, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s.87-88; AKYİĞİT, Şerh, s.424

¹⁷⁵ SÜZEK, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s.87-88; SÜZEK, İş Hukuku, s.545.

¹⁷⁶ SÜZEK, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s.88.

¹⁷⁷ ÖZDEMİR, Disiplin Kurulu, s.18 ve dn.52; GÜZEL, Değerlendirme Semineri 1999, s.166

¹⁷⁸ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 175 ve dn.205.

hazırlanması sırasında işçi sendikası ve işveren veya işveren sendikası yaptıkları pazarlık sonucunda tarafların hak ve borçlarını düzenlerler. Burada, işverene tabi olan güçsüz bir işçiden bahsedilemez. Cezai şartı fahiş bulan taraf sözleşmenin yapılması sırasında bu miktara karşı çıkma hakkına sahiptir. Buna rağmen cezai şartın indirilmesi halinde tarafların toplu iş sözleşmesi özerkliğine haksız bir müdahalede bulunulmuş olunacaktır.

III. İÇYÖNETMELİK HÜKÜMLERİ VE İŞYERİ UYGULAMALARI İLE CEZAI ŞART ÖNGÖRÜLMESİ

İç yönetmelikler işveren tarafından tek taraflı olarak hazırlanan, o işyerinde uygulanacak olan genel ve yeknesak çalışma koşullarını¹⁷⁹ içeren düzenlemeler olarak tanımlanmıştır. İç yönetmelik hükümleri, genel niteliği gereği kişiye özgü niteliklerden bağımsız olup işçi ile işverenin karşılıklı mukayese etmeksizin işverenin tek taraflı olarak hazırladığı bir düzenlemedir¹⁸⁰.

Borçlar Kanunu'nun mesai kaideleri başlıklı 315.maddesine göre; “Sinai ve ticari bir teşebbüste iş sahibi tarafından mesai veya dahili intizam için muttarid bir kaide ittihaz edilmiş ise bunlar evvelce yazılmış ve işçiye dahi bildirilmiş olmadıkça işçiye bir borç tahmil etmez”. İşveren iş hukuku mevzuatına aykırı olamayacak şekilde yönetim hakkı kapsamında bu tür düzenlemeler yapabilir. Yönetim hakkı işverene iş sözleşmesinde genel olarak belirlenen işçinin iş görme edimini tür, yer, zaman bakımından tek taraflı olarak ayrıntıları ile belirleme yetkisi tanır¹⁸¹. İş

¹⁷⁹ Çalışma koşulları; iş ilişkisinden kaynaklanan bütün hak ve borçları ifade etmektedir. **EKONOMİ**, Münir, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984 İş Hukuku, s.200; **TAŞKENT** Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1991, s.12; **ZEVKLİLER** Aydın/**HAVUTÇU** Ayşe, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s.298; “İşverenin ücret ödeme borcu, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi de çalışma koşulları kavramına dahildir. Y. 9.HD. T. 27.10.2008, E. 2008/29715, K. 2008/28944, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2009.

¹⁸⁰ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.50; **SÜZEK** Sarper, İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara 1998, s.64; **SOYER** M.Polat, Genel İş Koşulları, İzmir 1987, s.25-26; **NARMANLIOĞLU**, I, s.33.

¹⁸¹ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.51; **NARMANLIOĞLU** I, s.33; **TAŞKENT**,s.12; **ALP**, Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s.107; “İşverenin iş sözleşmesinin asli unsurlarını kapsayacak şekilde talimat vermesi, iş sözleşmesindeki edim ile karşı edim arasındaki dengenin bozulması hâlinde, iş güvencesine ilişkin hükümlerin dolanılması söz konusu olabilir. İşverenin talimat verme hakkının, yasa, toplu iş sözleşmesi ve bireysel iş sözleşmesi ile daraltılıp genişletilmesi

sözleşmesinin eki niteliğinde kabul edilen işyeri iç yönetmeliklerinin¹⁸² hukuki geçerliliğe sahip olması için işveren tarafından iş sözleşmesinin kurulmasından önce yazılmış ve işçiye bildirilmiş olması gereklidir¹⁸³. İşçi, işyeri yönetmeliklerine itiraz etmeden iş görme edimini ifaya başlarsa işyeri iç yönetmeliğini kabul etmiş sayılır¹⁸⁴.

İşyeri iç yönetmeliği hükümleri yoruma ihtiyaç gösterdiği takdirde iç yönetmelikler esas itibarı ile işverenin iradesine dayandığı için işçi lehine yorum yoluna gidilmeli ve açık olmayan ifadelerin sorumluluğu hükümleri hazırlayan tarafa yüklenmelidir¹⁸⁵.

A. İşyeri İç Yönetmeliklerinde Cezai

İç yönetmelik hükümleri düzenlenirken bu hükümlere uyulmasını sağlamak için işveren disiplin cezaları da öngörebilir. Ancak işverenin tarafından tek taraflı olarak işçiye disiplin cezası verilebilmesi, bu hakkın kötüye kullanılması olasılığının da doğabileceği ihtimalini gündeme getirir. Disiplin cezası, işyerinde sürekli ve düzenli bir biçimde uygulanacak ise bu cezanın işçileri bağlayabilmesi için işveren tarafından bir iç yönetmelikte yazılmış ve işçiye bildirilmiş olması gerekir. Disiplin cezalarının hukuki dayanağı iç yönetmeliklerin hukuki dayanağı olan Borçlar Kanunu'nun 315. maddesidir.¹⁸⁶

İş Kanunu'nun 38/I maddesinde işverenin toplu sözleşmesi veya iş sözleşmelerinde gösterilmiş olan sebepler ile işçiye ücret kesme cezası verebileceği düzenlenmiştir. İş sözleşmesinin eki niteliğinde olan işyeri yönetmelikleri ile

mümkündür. Bir başka açıdan ifade edilecek olursa, işverenin talimat verme hakkı, kanun, toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlıdır. Bu itibarla, işveren, ceza ve kamu hukuku hükümlerine aykırı talimatlar veremeyeceğinden, işçi bu nevi talimatlara uymak zorunda değildir. Bunun dışında işveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez". Y. 9.HD, T. 16.06.2008, E.2008/2918, K.2008/15627, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2009.

¹⁸² SÜZEK, İş Hukuku, s.52-53; ÇELİK, İş Hukuku, s.100; "Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında, iş sözleşmesinin eki sayılan personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de yerini alır". Y. 9.HD, T.19.01.2009, E.2007/34216, K.2009/111, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; Aynı yönde Y. 9.HD, T. 15.12.2008, E.2008/6311, K.2008/33680, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁸³ SOYER, İş Koşulları, s.25-26.

¹⁸⁴ ÇELİK, İş Hukuku, s.100; SÜZEK, İş Hukuku, s.52; GÜNAY, Cezai Şart, s.93.

¹⁸⁵ SOYER, İş Koşulları, s.132-134; EKMEKÇİ, Değerlendirme Semineri 1999, s.96.

¹⁸⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.112-113.

yeterince açık şekilde düzenlenmiş olması halinde işveren işçiye ücret kesme cezası verebilecektir. Ancak Borçlar Kanunu'nun 157/I maddesinde ise sözleşme gereğince kesilen ücretin aksi kararlaştırılmadıkça ve aksine adet bulunmadıkça kural olarak cezai şart olarak nitelendirilemeyeceği ve ücret kesintisinin işverenin uğraması muhtemel zararına karşılık bir depozito olarak kabul edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yasal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde kural olarak işyeri iç yönetmeliğinde yer alan ücret kesintisine ilişkin hüküm ceza şart niteliğinde değildir. Ancak taraflar sözleşme ile aksini kararlaştırabilirler ya da aksine bir adet bulunabilir.

Doktrinde ise, iç yönetmelik hükümleri ile getirilen para cezalarının cezai şart olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Birinci görüşe göre; İş Kanunu 38/3 maddesi gereğince yapılan ücret kesintilerinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı hesabına aktarılması ve cezanın üst sınırının kanunda öngörölmüş olması bu miktarın cezai şart olarak nitelendirilmemesini gerektirmez. Ücret kesme cezasının asıl amacı borçluyu ifaya zorlama ve asıl borcun güvence altına alınması olduğu için İş Kanunu kapsamındaki ücret kesintilerinin ceza niteliği ön planda olduğu için cezai şart olarak değerlendirilmesinin mümkündür¹⁸⁷.

İkinci görüşe göre ise; para cezaları kesintileri karşı tarafın muhtemel zararını karşılayan tazminat niteliğinde olmayıp, işverene değil işveren dışında bir kuruma ait olduğu için cezai şart niteliğinde değildir¹⁸⁸.

Diğer bir görüşe göre ise, ücret kesme cezaları tazminat güvencesi temeline dayanmaz ve amaç cezai şartta olduğu gibi işverenin iş ilişkisinden kaynaklanan borç doğuran alacağının güvence altına alınması değildir. Bu görüşe göre; para cezası bir disiplin cezasıdır ve ceza niteliği ön plandadır, cezai şart niteliği taşımaz¹⁸⁹.

Kanımızca, işyeri iç yönetmeliği iş sözleşmesinin eki niteliğinde olduğu için İş Kanunu 38/1 maddesi dikkate alınarak ücret kesme cezası kararlaştırılabilir. Ücret

¹⁸⁷ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.60-61; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.157; ARICI, aynı sonuca farklı gerekçe ile ulaşmıştır. Yazara göre; işyeri iç yönetmelikleri iş sözleşmesinin eki niteliğinde olup cezai şarta ilişkin düzenlemeler içerebilir. Ancak, cezai şarta ilişkin hükümlerin işçiye açıkça bildirilmiş olması gerekir. ARICI, Cezai Şart, s.38.

¹⁸⁸ GÜNAY, Cezai Şart, s.93.

¹⁸⁹ BAŞBUĞ Aydın, Türk Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999, s.60.

kesme cezasında işverenin amacı; zararını tam olarak tazmin etmek olmasa da işçinin iş sözleşmesindeki edimlerini gereği gibi ifa etmesini sağlama amacı güttüğü için cezai şart niteliğindedir. Kanun koyucu İş Kanunu'nun 38/2 maddesinde para cezasının üst sınırını belirleyerek işveren karşısında işçiyi korumuş ve işverenin bu hakkını kötüye kullanması ihtimalinin önüne geçmiştir. Somut uyuşmazlıkta hâkim, İş Kanunu 38/2 maddesini dikkate alarak işçinin günlük kazancını araştırıp gerekirse Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi gereği yüksek olan cezai şartı tenkis edebilecektir.

B. İşyeri Uygulamalarında Cezai Şart

Kanun ya da iş sözleşmesinde düzenlenmemesine, bu yönde yasal ve akdi bir zorunluluk bulunmamasına karşın, işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkiye yön veren, varlığını somut uygulamalar şeklinde gösteren eylemli durum işyeri uygulamalarını oluşturur. İşyerinde düzenli olarak tekrarlanmakla oluşan¹⁹⁰, herhangi bir koşula bağlı bulunmayan işyeri uygulamaları işçilerin zımni kabulleriyle bir iş sözleşmesi hükmü, diğer bir ifadeyle, iş şartı (çalışma koşulu) haline dönüşürler; bir iş sözleşmesi eki olarak bağlayıcı nitelik kazanırlar. İşçi için belirli özellikteki bir işyeri uygulaması, subjektif hak oluşturur. Bir uygulamanın işyeri uygulaması olarak kabulü için, tekrarlına gelen, hesaplanabilir, genel nitelikte olması ve buna uyulmasının hukuksal zorunluluk olduğu yönünde genel inancın doğmuş olması gerekir. Bu bakımdan işyeri uygulamalarını, işçinin örtülü olarak kabulü ile işvereni belirli bir yükümlülük altına sokan, iş sözleşmesi hükmü haline gelir¹⁹¹.

İşverenin işyeri uygulaması haline gelen bir takım ödemeleri zamanında ödemediği takdirde bu ödemeleri belli bir oranda artırarak yerine getireceğini vaat

¹⁹⁰ “Davacı işçiye işyerinden ayrıldığı tarihten geriye doğru olan dönemlerde "başarı primi" adı altında düzenli ödemeler yapıldığı ve bu durumun işyeri uygulaması haline geldiği anlaşıldığından; son çalışma dönemi içinde prime hak kazanılacağı sonucuna varılmalıdır”. Y.9.HD, T. 11.04.2005, E.2004/ 211119, K.2005/12926, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2008.

¹⁹¹ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.55-56; **SÜZEK** Sarper, “İşyeri Uygulamaları”, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN’a Armağan, Ankara 1997, s. 152; **SÜZEK** Sarper, İş Hukukunun Genel Esasları, s.71,72; **SOYER**, İş Koşulları, s.41-42; **ÇELİK**, İş Hukuku, s.100-101; **KARAGÖZ**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.160; Her somut olayın özelliğine göre çalışma koşullarının zımnen sözleşme koşulu haline dönüştüğünü kabul etmek için gereken süreler farklı olabilir ancak bu sürenin çok uzun tutulmaması gerekir. Deneme süreli iş sözleşmesi için İş Kanunu'nun 15. maddesinde yer alan iki aylık deneme süresi bu konuda bir kıstas olabilir. **ALP**, s.106.

etmesi halinde veya işverenin fiilen işyerinde bu tür bir uygulamasının bulunması halinde bu tür bir uygulama cezai şart hükmü niteliğindedir. Örneğin; işyeri uygulaması olan ikramiyenin zamanında ödenmemesi halinde işveren tarafından %50'li zam ile ödeneceğinin vaat edilmesi halinde cezai şart niteliğinde bir işyeri uygulaması olduğu kabul edilmelidir¹⁹².

İşverenin işçinin yasadaki haklarını kısıtlayan ve işçi aleyhine sonuç doğuran işyeri uygulamaları getirmesi mümkün değildir. Örneğin; İş Kanunu'nda haftalık 45 saati aşan çalışmaların %50 zamlı olarak ödeneceği kuralına rağmen işverenin % 50 zamlı ücret yerine daha az bir oranda ödeme yapmış olması da, işçi aleyhine olmakla bağlayıcılık taşımaz. Buna karşın, işçiye fazla çalışma ücretlerinin % 100 zamlı ücret üzerinden ödenmesine dair iş sözleşmesi ya da süreklilik gösteren işyeri uygulaması geçerli olup, işçiye fazla çalışma ücretlerinin %100 zamlı olarak ödenmesi yönünde çalışma koşulu ortaya çıkmış olur¹⁹³. Ancak; işçi, aleyhine olan işyeri uygulamasını yazılı olarak ve açıkça kabul ederse işyeri uygulaması geçerli olarak uygulanabilecektir¹⁹⁴.

İşveren işyeri uygulamaları ile işçiye sağladığı menfaatleri sonradan belli şartlara tabi tutar ise bu durum çalışma koşullarında değişiklik teşkil edecek ve İş Kanunu'nun 22. maddesine göre geçerli olması için işçinin yazılı olarak altı iş günü içerisinde kabul etmesi gerekecektir. İş Kanunu'nun 22. maddesine göre; "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz". Kanun koyucu bu düzenleme ile işverenin tek taraflı değişiklik yapamayacağı ilkesini esaslı değişiklikler ile sınırlamıştır. Esaslı olmayan değişiklikler işveren tarafından tek taraflı olarak yapılabilir¹⁹⁵.

¹⁹² GÜNAY, Cezai Şart, s.93; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.s.160.

¹⁹³ Y. 9.HD, T. 15.12.2008, E.2008/6311, K.2008/33680, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁹⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.58; ÇELİK, İş Hukuku, s.103; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.s.160-161.

¹⁹⁵ ALP, s.103.

Tarafların karşılıklı olarak işyeri uygulamasını değiştirmeleri ise her zaman mümkündür¹⁹⁶.

Kanımızca, işyeri uygulamaları ile süregelen çalışma koşullarına uyulmaması halinde işverenin cezai şart ödemekle yükümlü olacağı kararlaştırılabilir. İşveren, işyeri uygulamalarında esaslı bir değişiklik yapacak ise, değişikliğin işçiyi bağlaması için işçiye yazılı olarak bildirilmesi ve işçinin altı işgünü içerisinde değişikliği kabul etmesi gerekir. Esaslı değişiklik sonucunda işçi aleyhine cezai şart hükmü getirilecekse İş Kanunu'nun 22. maddesindeki prosedürün aynen uygulanması ve cezai şartın tek taraflı olup tamamen işçi aleyhine sonuçlar doğurması halinde geçerliliğinin tartışılması gerekir.

IV. İŞ SÖZLEŞMESİNİN VE CEZAI ŞARTIN GEÇERSİZLİĞİ

Cezai şart alacağı, asıl alacağa bağlı ferî bir alacak hakkıdır ve cezai şartın geçerliliği asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır. İş sözleşmesi de, hukukun emredici kaidelerine aykırılık nedeni ile geçersizliğe veya iptale konu olabilir. Örneğin; iş sözleşmesinin yapılması sırasında taraflardan birinin hukuki işlem yapma ehliyetinin olmaması, sözleşmenin kanunda öngörülen şekil şartına uygun olarak yapılmaması ve yahut sözleşmenin mutlak emredici hükümlere veya ahlaka aykırılığı ve iş sözleşmesinin konusunun imkansız olması gibi sebepler iş sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurur.

Sözleşmenin bazı hükümlerinin geçersizliği sözleşmeyi tamamen geçersiz kılmaz. Bu durumda Borçlar Kanunu 20/2 maddesi gereğince; geçersiz hükümler olmadığı takdirde tarafların iş sözleşmesini yapmayacağı kabul edilebiliyorsa ancak bu halde sözleşmenin tümünün geçersiz olduğu kabul edilebilir.

İş sözleşmesinin geçersizliğinin söz konusu olabileceği durumlar İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmemişse de, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda; Toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın feshi veya infisalı yahut faaliyetten menedilmiş olması veyahut yetkiyi kaybetmiş olması veya toplu iş

¹⁹⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.496-497; ÇELİK, İş Hukuku, s.103; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.161;

sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği düzenlenmiş olup uygulamada özellikle toplu iş sözleşme sinin uygulandığı işyerinin, işverenin değişmesi halinde toplu iş sözleşmesinin de geçersiz olacağı yönündeki iddiaların kanuni düzenleme ile önüne geçilmiştir.

Örneğin; somut bir uyuşmazlıkta sona eren toplu iş sözleşmesinde "asgari ücrette artış olursa bunun ücretlere yansıtılacağına" ilişkin hükmün uygulanmasını talep eden işçilerin toplu iş sözleşmesinin geçersiz hale geldiğini ileri sürerek sözleşmenin geçersizliği nedeni ile ücret artışının talep edilemeyeceğini savunulmuşsa da , Yargıtay 2822 sayılı Yasanın 8'inci maddesi gereğince işyerinin değişmesi, uygulanan Toplu iş sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmayacağını ve işyerinin değişmesi nedeni ile toplu iş sözleşmesinin yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak uygulanmaya devam edeceğini belirtmiştir¹⁹⁷.

A. Geçersizliğin İş ilişkisi Yönünden Sonuçları

Kural olarak sözleşmenin geçersiz olması halinde, Borçlar Kanunu madde 61 de düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre taraflar birbirlerine verdiklerini geri isteyebilirler. Ancak iş ilişkisinde işverenin edimi ücret ödeme iken, işçinin edimi ise iş görmedir ve iş görme ediminin karşılığı olarak bir bedelin geri verilmesinde bu bedelin tam bir karşılık niteliği taşıması mümkün değildir. Bu nedenle iş sözleşmesinin geçersiz olması halinde de sonuçlar geçmişe etkili değil, geleceğe etkili olur. Böylelikle, sürekli edimleri içeren iş sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olursa, o güne kadar geçerli bir iş sözleşmesi gibi hüküm ve sonuçlarını doğuracak ve taraflar aldıklarını iade ile yükümlü olmayacaklardır.

Yargıtay eski tarihli bir İçtihatı Birleştirme Kararı'nda yaş küçüklüğü veya kadın olması nedeni ile yasak bir işte çalıştırılan işçinin, iş sözleşmesinin geçersizliğine rağmen iş ilişkisinden doğan haklarının dikkate alınması gerektiğini

¹⁹⁷ Y.9.HD, T.14.09.1988, E. 1988/9-162, K.1988/685, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2008; Aynı yönde "2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 8. maddesinde belirtildiği gibi işletme kapsamında olan işyerinin ne şekilde olursa olsun niteliği değişmeksizin bir başka işverene devri durumunda toplu iş sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı dolayısıyla işletme toplu iş sözleşmesi yetkisini kaldıramayacağı açıktır. Bu durumda davanın reddi ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olup kararın bozulması gerekmiştir." Y.9.HD, T. 30.09.2003, E.2003/15026, K. 2003/15834, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2008.

belirtmiştir¹⁹⁸. Yargıtay bir kararında da; Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğünde¹⁹⁹ "Ağaç ve tahta işleri ve bunlardan mamul eşya sanayi ile ilgili işler" muhannik kuvvetle çalışan her türlü testereler ile kesici yontucu, soyucu, delici makineler ve hızarlarla yapılan işler" için kadın işçi çalıştıramayacağı belirtildiği halde, işverenin kereste fabrikasında kadın işçi çalıştırması nedeni ile baskın (ağır) kusurun işverende olduğunu belirtmiştir ve esas itibarı ile iş sözleşmesinin geçersizliğine rağmen geçerli bir sözleşme gibi sonuçlarına hükmetmiştir²⁰⁰.

İş sözleşmesinin hukuk düzeninin temel hukuk kaidelerine, ahlaka ve cezai yasaklara aykırı olması halinde istisnai olarak sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılması gereği savunulmaktadır. Hükümsüzlüğün geriye etkili olarak sonuç doğurduğu bu durumlara doktrinde örnek olarak cezai yasaklara aykırı olmasına rağmen çalışma yasağına rağmen bir yabancıнын izinsiz çalıştırılması örnek gösterilmektedir²⁰¹.

B. Geçersizliğin Cezai Şart Yönünden Sonuçları

Cezai şart, geçerli bir asıl sözleşmenin mevcut olmasına bağlı olup asıl sözleşmenin geçersizliği cezai şartı da doğrudan etkileyecektir.

İş Kanunu'nun 8.maddesinde süresi bir yıl veya daha uzun olan belirli süreli iş sözleşmelerinin 16. maddesinde takım sözleşmesi ile oluşturulan iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Yazılı yapılması gereken bu tür sözleşmelerde cezai şartın da yazılı olarak kararlaştırılması gerekmekte olup bu husus cezai şartın geçerliliği yönünden şarttır. Asıl sözleşmenin yapılmasının ardından cezai şart kararlaştırılması halinde dahi cezai şart sözleşmesinin yazılı de yapılması gerekmektedir. Uygulamada, çoğu iş ilişkisinde cezai şart içeren sözleşmeler yazılı şekilde düzenlenmekte ve hem cezai şartın yazılı metine

¹⁹⁸YİBK, T.18.06.1958, E.1957/20, K.1958/9, Resmi Gazete, 30.09.1958, 10020.

¹⁹⁹ İlgili tüzük 28/04/2006 tarih ve 26512 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 07/04/2006 Tarih ve 2006/10330 sayılı "Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Tüzük"ün 1. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olup, 16.06.2004 Tarihinde 25494 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe giren Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre İlgili Bakanlıklarca yeterliliği kabul edilen kursları bitirip, o işi meslek edinmiş olan kadınlar ile 16 yaşını doldurmuş genç işçiler EK-1'deki çizelgede 36. sırasından 66. sırasına kadar (66 dahil) belirtilen işlerde çalıştırılabileceği düzenlenmiştir.

²⁰⁰Y.10.HD, 1998/8919, K.1998/8877, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.08.2008.

²⁰¹ ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.64-65; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s.170; NARMANLIOĞLU I, s.192; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.89.

aktarılması ile belirliliği sağlanmakta hem de cezai şartın geçersiz olmasının önüne geçilmektedir²⁰².

İş sözleşmesinin konusunun genel ahlak kurallarına aykırı olması, sözleşmenin geçersizliği için yeterli olmayıp aynı zamanda bu tür faaliyetlerin hukuk düzenince yasaklanmış olması gerekir. Bu durumda hukuka uygunluk şartı mevcut olduğu için ahlaka aykırılık nedeni ile sözleşmenin geçersizliğinden söz edilemez. Örneğin; genelevde çalışan işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi geçerli olup bu tür bir iş ilişkisinde sözleşmenin genel ahlaka aykırılığı nedeni ile cezai şartın geçersizliği iddiası ileri sürülemeyecektir. Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'ne göre²⁰³; genelevlerin ve genelevlerde çalışan genel kadınların tabi olacağı hükümler kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur. Genel kadınların²⁰⁴ işveren ile yaptıkları iş sözleşmesi ahlaka aykırı görünse dahi, genel kadınların faaliyetleri mevcut hukuk düzenince kabul edilmiş ve sosyal güvence altına alınmıştır²⁰⁵.

Mevcut yasal düzenlemelere göre cezai şartın hangi durumlarda geçersiz olacağına ilişkin bir hüküm olmamakla birlikte Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 419. maddesinde "Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir" şeklinde bir kurala yer verilmiştir. Borçlar Kanunu Tasarısı ile birlikte Yargıtay'ın iş ilişkisinde cezai şart ile ilgili yerleşik uygulamalarının ve iş hukukunun işçi yararına yorum ilkesinin bir bütün halinde kanun metnine dönüştürüldüğü söylenebilir. Ancak Yargıtay'ın yeni uygulamaları ve doktrindeki görüşlere göre yukarıda izah edildiği üzere haklı nedene dayalı olarak işçi aleyhine

²⁰² "Taraflardan herhangi birinin sözleşme süresi dahilinde sözleşmeyi fesih yoluna gitmesi halinde 42000 DM cezai şart ödeyeceği sözleşmede kararlaştırılmış olup..." YHGK, T. 26.12.2001 E.2001/9-1175, K.2001/1166, ALPAGUT, Değerlendirme 2001, s.124.

²⁰³ R.G. T.19.04.1961, S. 10786; "Tespate konu işyerinin genelev olması ve burada çalışanların periyodik sağlık kontrolünden geçmelerinin yasal zorunluluk dahilinde bulunması ve yine ahlak zabıtasında kayıtlarının olması gerektiğinden ilgili mercilerden iş bu kayıtlar ile Sosyal Sigortalar Kurumu nezdindeki işyeri dosyası ve işveren nezdindeki davacı işçiye ait tüm işyeri kayıtları celp edilmelidir". Y. 9.HD, T. 22.12.1998, E.1998/9194, K.1998/9191, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

²⁰⁴ Tüzüğün 15. maddesinde genel kadın; başkalarının cinsi zevkini menfaat karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlar olarak tanımlanmıştır. CENTEL, hukuk düzenince genel kadın olarak kabul edilmeyen bir kadınla yapılan sözleşmenin hem kanuna hem ahlaka aykırılık nedeni ile geçersiz olacağını belirtmiştir. CENTEL, İş Hukuku, Cilt I, s.116,117.

²⁰⁵ TUNÇOMAĞ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul 1990, s.102; TUNÇOMAĞ, Sosyal Sigortalar, s.102; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s.94; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 399 ve dn.7.

tek taraflı cezai şart kararlaştırılabilir. Bu konudaki en güzel örnek eğitim karşılığı cezai şarttır. Tasarının bu hali ile yerleşik iş hukuku uygulamasının göz ardı edildiği ve emredici nitelikte bir kanun hükmü getirilerek iş ilişkisindeki ihtiyaçları cevapsız bırakacağı açıktır. Tasarının bu hükmü ile iş sözleşmesinde eğitim gideri karşılığı olarak veya rekabet yasağı karşılığı olarak cezai şart kararlaştırılmayacağını düzenlemek amacını taşıdığı söylenemez. Kanımızca, tasarının bu hükmü yerinde değildir. Cezai şarta ilişkin düzenlemeye Borçlar Kanunu tasarısının genel hükümler kısmında yer verilmiştir. Tasarının hizmet sözleşmesi bölümünde ise iş sözleşmesindeki cezai şart hükmü yeniden ele alınmıştır ve doktrin görüşüne ve yerleşik uygulamalarına aykırı bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu konuda mevcut yasal düzenlemede olduğu gibi cezai şart ile ilgili hükümlerin genel hükümlerde düzenlenmesi ve iş ilişkisinde cezai şarta yer verilmeyerek süregelen uygulamanın devam etmesi sağlanarak bir sonuca gidilebilir. İkinci bir çözüm yolu olarak ise; mevcut uygulamanın yasallaştırılması amaçlanıyor ise; iş ilişkisinde tek taraflı cezai şartın haklı nedenin bulunması halinde geçerli olacağı belirtilerek mutlak emredici hükmün katılığı kaldırılabilir. KARAGÖZ, tasarının bu maddesinin “hizmet sözleşmesinde işçi aleyhine cezai şart ancak haklı, ekonomik ve sosyal nedenlerin bulunması durumunda öngörülebilir. Aksi takdirde, cezai şart yoluyla işçinin hizmet sözleşmesini fesih hakkı tek taraflı olarak ağırlaştırılmaz” şeklinde değiştirilmesinin İş hukukundaki değişim, gelişim ve ihtiyaçlara daha uygun olacağını belirtmiştir²⁰⁶.

C. İş sözleşmesinin İptali ve Cezai Şart

Borçlar Kanunu 23 ve devamı maddelerinde düzenlenen hata, hile, ikrah ve korkutma nedeni ile irade sakatlığının söz konusu olduğu durumda sözleşmenin irade sakatlığı nedeni ile iptal edilmesi mümkündür. İş ilişkisi yönünden gabin ve korkutmaya ilişkin somut örnekler uygulamada sık rastlanmamakla birlikte hata ve hile nedeni ile irade fesadına ilişkin somut durumlar ve sonuçlara değinilebilir.

Sözleşmeler hukukuna göre taraflar, sözleşme görüşmeleri sırasında birbirlerine sözleşmenin asli ve önemli noktaları hakkında gereken bilgileri vermek ve dürüstlük kuralının gerektirdiği hususlarda birbirlerini aydınlatmak

²⁰⁶ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.260.

zorundadırlar²⁰⁷. Bu zorunluluk kaynağını Medeni Kanun'un 2/1 maddesinden alır. Medeni Kanun'un 2/1 maddesine göre; "Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır". Burada borç ifadesi borç ilişkisinden doğan her türlü yükümlülüğü içerir²⁰⁸. Sözleşme görüşmeleri sırasında işveren, en uygun işçiyi seçmek için görüştüğü işçi adaylarına kimi sorular yöneltecektir. Bu durumda işverenin bilgi edinme hakkı, işçinin kişilik hakları ile sınırlı olmalıdır²⁰⁹. Ayrıca işin niteliği gereği tarafların herhangi bir soru sorulmamış olsa dahi işin niteliği bakımından önem taşıyan unsurları da kendiliğinden açıklamaları gereklidir²¹⁰. Örneğin; işçinin gördüğü iş mankenlik, beden eğitimi öğretmenliği, sahne sanatçılığı, akrobatlık, dansözlük, hosteslik gibi hamilelik ile bağdaşmayacak bir iş ise, işçinin iş görüşmeleri sırasında hamileliğiyle ilgili açıklamada bulunma yükümlülüğü olduğu gibi işverenin de işinin sürekliliğini sağlamak ve uygun olan işçi adayını tespit edebilmesi için soru sorma hakkının bulunduğu söylenebilir²¹¹. Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında; güvenlik görevlisi olarak işe alınan işçinin iş başvurusu sırasında sabıkası olduğunu gizlemesinin işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı verdiğini kararlaştırmıştır²¹².

Kanımızca, işçinin özel hayatı ile doğrudan ilgili olmayan ve işin niteliği gereği işveren tarafından objektif olarak bilinmesi gereken bir hususu işverene açıklama yükümlülüğü bulunmaktadır. İş sözleşmesinin iş görüşmeleri sırasında işçinin hileli davranışları nedeni ile geçersizliği durumunda sözleşmenin iptali gündeme gelecektir. İş ilişkisinde taraflar edimlerini ifaya başlamış iseler geçersizlik geleceğe etkili olacak iken, taraflar ifaya başlamadan önce hileli durumdan haberdar olmuşlarsa geçersizlik geçmişe etkili olacak ve sözleşme baştan itibaren ortadan kalkacaktır²¹³.

²⁰⁷ EREN, s.41-42.

²⁰⁸ EREN, s.43.

²⁰⁹ SÖZER, "Hamilelik ve İş Hukukundaki sonuçları", Adalet Dergisi, Kasım-Aralık 1982, S.6, s.1050; TULUKÇU Binnur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması, Ankara 2000, s.84.

²¹⁰ CENTEL, İş Hukuku, s. 123; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 314-315.

²¹¹ ÇELİK, İş Hukuku, s.174; TULUKÇU, s. 89.

²¹² Y.9.HD, T.22.01.1998, E.1997/19393, K.19998/432, Tekstil İşveren Mayıs- Haziran 1998, s.15.

²¹³ ÇELİK, İş Hukuku, s. 118; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 89; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 346.

Konuya ilişkin somut örnekte; davacı gazete ile davalı arasında 1.1.1990 ile 1.1.1991 tarihleri arası için 1 yıllık sözleşme yapılmıştır ve bu sözleşmeye göre davalı, davacı gazetede işveren tarafından basılıp yayınlanan mevkuteler ile ilgili olarak araştırmalar röportajlar yapmayı, haber yazılar ve makaleler yazmayı kabul etmiştir. Sözleşmenin 6. maddesi ile de, taraflardan herhangi birisi bu sözleşmeyi süresinin sona ereceği 1 Ocak 1991 tarihinden önce herhangi bir haklı neden olmaksızın feshettiği takdirde diğer tarafa 100.000.000 TL cezai şart ödenmesi öngörülmüştür. Davalı, sözleşmenin yürürlük süresinin başlangıcından 5 gün önce, 26.12.1989 tarihinde noter aracılığıyla davacıya gönderdiği mektup ile çalışmakta olduğu gazeteye bağlılığı nedeniyle ayrılamayacağını bildirmiştir. Davacı da, sözleşmedeki cezai şartı istemektedir. Yargıtay, kararında tarafların serbest iradeleriyle bir sözleşme yaptıklarını ve aralarında iş sözleşmesinin kurulduğunu, akdin tarafları bağlayacağını ve bu nedenle davalının sözleşmenin başlangıç tarihinde işyerinde çalışmaya başlaması gerekirken borcunu ifa etmemesi akde aykırılık olarak yorumlamış ve akde aykırılığın oluşması için sözleşmenin fiilen icrasına başlanması gerekmediğini, icrasına başlanmadan önce akdin yerine getirilemeyeceğinin bildirilmesinin de aynı sonucu doğuracağını belirterek akdin icrasına başlanmadan önce davalı tarafından feshedilmesi nedeni ile davacı işverenin sözleşmeye dayanarak cezai şart isteyebileceğini karara bağlamıştır²¹⁴. Gerçekten de işçi fiilen iş görme edimini ifaya başlamamışsa da, tarafların karşılıklı icap ve kabulleri ile sözleşme kurulmuştur. Sözleşmeyi ifa etmeye başlamayacağını bildirerek, sözleşmeyi fesheden işçi cezai şart ile yükümlü olacaktır karar bu yönüyle yerindedir.

İş sözleşmesi kurulurken şahısta hataya düşülmüş olunması halinde ise; esaslı bir hata mevcuttur ve hata işçinin ifa edeceği işin niteliklerine uygun olmaması nedeni ile sözleşmenin iptali sonucunu doğurur.

İfasına başlanan iş sözleşmesinin irade sakatlığı nedeni ile iptal edilmesi, ileriye etkili sonuç doğuracağından sözleşmede öngörülen cezai şart da ortadan kalkacaktır. Ancak, taraflar ifaya başlamadıkları takdirde iptal geriye etkili olacaktır.

²¹⁴Y.9.HD,T.20.11.1990, E.1990/9303, K.1990/12364, [http://www. diaport.com.tr/PublicPages /DiaDetails.aspx](http://www.diaport.com.tr/PublicPages/DiaDetails.aspx), Erişim Tarihi.05.01.2009.

için kural olarak cezai şart da baştan itibaren ortadan kalkacaktır. Ancak taraflar sözleşme ile açıkça kusurlu davranışı ile iptale neden olan tarafın cezai şart ödeyeceği yönünde bir hüküm kararlaştırmışlarsa sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki kusurlu davranışı nedeni ile iptale neden olan taraf cezai şartı ödemekle mahkûm olacaktır²¹⁵.

Somut bir örnekte, iş sözleşmesinde işçinin sözleşmeyi süreden önce feshetmesi halinde cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmış ayrıca bir aylık bir deneme süresi belirlenmiş ve yine sözleşmede bir aylık deneme süresi içerisinde hizmet akdinin, önceden bildirilmeye gerek olmaksızın ve tazminatsız derhal feshedilebileceği kararlaştırılmıştır. Yargıtay cezai şart tek taraflı olduğu için cezai şartı geçersiz kabul etmiş ayrıca yerinde olarak cezai şartın geçerli olduğu düşünülse bile cezai şartın deneme süresinin geçirilmesinden sonra etkisini göstereceğini ve talep edilebilir hale geleceğini, işçinin deneme süresi içerisinde sözleşmeyi feshetmesi nedeni ile cezai şart ödeme yükümlülüğünün olmadığını belirtmiştir²¹⁶.

İş ilişkisinin kurulması aşamasında ortaya çıkabilecek iptal nedenlerinden bazıları, aynı zamanda İş Kanunu 24/II a ve 25/II a anlamında haklı nedenle iş sözleşmesinin derhal feshine de neden olan bir hal olabilir, bu durumda öncelikle İş Kanunu hükümleri uygulanmalıdır. İş sözleşmesinde, sözleşmenin haklı nedenle feshine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. İş sözleşmesinin haklı neden ile feshi nedeni ile cezai şart da talep edilebilir hale gelir²¹⁷.

V. FESİH HAKKININ SINIRLANDIRILMASI VE CEZAI ŞART İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak Fesih Hakkı

Çalışmamızın bu bölümünde fesih hakkına genel hatları ile değinerek iş sözleşmesinin irade beyanı ile sona erme hallerinde fesih hakkının kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu durumları cezai şart kavramı ile ilişkilendirerek açıklamaya çalışacağız.

Fesih hakkı, hak sahibine muhataba ulaştırılması gereken tek taraflı irade beyanı ile taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini derhal veya belirli bir sürenin

²¹⁵ SÜMER, İş Hukuku, s.44; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.188; DEMİR, İş Hukuku, s.39.

²¹⁶ Y. 9.HD, 24.04.1996, E.1995/35258, K.1996/9448, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası,(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 08.01.2009.

²¹⁷ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 189.

ardından sona erdirebilmesini sağlayan ve mahiyeti itibarı ile bozucu yenilik doğurucu bir haktır.

Bozucu yenilik doğuran haklar, kullanılmakla bir hakkı veya hukuki ilişkiyi ortadan kaldıran haklardır. Bozucu yenilik doğuran haklarda fesih geleceğe etkili, dönme ise geçmiş etkili sonuçlar doğurur. Sürekli bir sözleşme türü olan iş sözleşmesinde, haklı ve geçerli bir sözleşmenin ortaya çıkması halinde lehine böyle bir sebep bulunan tarafa sözleşme ilişkisini geleceğe etkili olmak üzere sona erdirmeye imkânı vermiştir²¹⁸.

Haklı sebeple fesih ve geçerli sebeple fesih irade beyanına dayanan fesih halleri olup birbirinden tamamen farklıdır. Haklı sebeple fesih, fesih hakkı doğan tarafa derhal sözleşmeyi fesih imkânını tanıırken, geçerli sebeple fesih sözleşmeyi feshedecek olan tarafa belirli bir ihbar önelinin sonunda sözleşmeyi feshedeceğini bildirme yetkisi tanır. Haklı sebeple fesih, süresi belirli olan veya olmayan sözleşmelerde geçerli iken, geçerli sebeple fesih ancak belirsiz süreli iş sözleşmelerinde kullanılabilir. Haklı sebeple fesih sebebinin mevcut olması halinde, fesih hakkı doğan taraf yönünden iş ilişkisi katlanılmaz hale gelmiştir. İş Kanunu'nda haklı fesih halleri; sağlık sebepleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller, zorunlu sebepler genel başlığı altında toplanmıştır. Özel iş Kanunlarında da farklı haklı fesih sebepleri belirlenmiştir. Geçerli nedenle fesih ise; işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanır.

Haklı sebebin doğması halinde tarafları iş sözleşmesine devam etmeye zorlamak çalışma özgürlüğüne ve genel hukuk prensiplerine aykırılık olacaktır. Feshi ihbarla fesihte ise işçinin kıdem süresine göre belirlenen İş Kanunu madde 17'de gösterilen ihbar öneline uyularak iş sözleşmesi her zaman sona erdirilebilir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshi ihbar yoluyla sona erdirilmesi tarafların "kişilik haklarının korunması ilkesi"ne dayanır. Kanun koyucu, bir taraftan kişilik haklarını korurken bir taraftan da karşılıklı menfaatler dengesini sağlamak için fesih ile birlikte ihbar öneli de belirleyerek ihbar öneli süresince, işçinin yeni bir iş bulması ve

²¹⁸ TUNÇOMAĞ Kenan, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s.32; EREN, s.60-61.

işverenin ise yeni bir işçi bulması için olanak vermektedir. Her iki fesih hakkı da her iki tarafa tanınmıştır²¹⁹.

B. Fesih Hakkının Cezai Şart İle Sınırlandırılması

Fesih hakkı kural olarak yasa ile sınırlandırılmaz ancak iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile feshi hakkını sınırlayıcı çeşitli hükümler getirilebilir. İşçinin fesih hakkının çalışma özgürlüğüne aykırı şekilde sınırlanmaması, hakkın özününün ihlal edilmemesi için hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı denetlenmelidir²²⁰. Aksi halde işçinin işyerini serbestçe seçme hakkının cezai şart yoluyla meşruluk sınırını aşacak ölçüde sınırlandırılmayacağına ilişkin temel kural ihlal edilmiş olur²²¹.

İşveren işçisinin fesih hakkını sınırlamak, onu işyerine bağlayıp iş ilişkisinin devamlılığını sağlamak amacıyla çeşitli yollara başvurabilir. Bu amaçla başvurulabilecek birinci yol, Borçlar Kanunu madde 343'ün sağladığı olanağın kullanılarak işçiyle uzun süreli bir sözleşme yapılması ve fesih tehlikesinin 10 sene boyunca engellenmesi olacaktır. Ancak bu yöntem iki sakıncayı beraberinde getirir. Öncelikle işçi gibi işverenin fesih hakkı da bu 10 yıllık süreyle sınırlı olacaktır. İkinci olarak ise sözleşmenin belirli süreli olarak yapılmasını gerektiren objektif koşulların(belli bir işin tamamlanması, belli bir olgunun ortaya çıkması gibi) bulunup bulunmadığı ve ayrıca işçinin kişilik hakkına aykırı bir durumun olup olmadığı incelenecektir. Fesih hakkını sınırlamanın ikinci yolu ise İş Kanunu madde 17/2'de belirtildiği şekilde fesih bildirim sürelerini artırmaktır. Ancak bu yöntemle başvuran işveren de aynı süreyle bağlı olacaktır²²². Keza Borçlar Kanunu madde 340/son uyarınca işveren ve işçiler için değişik ihbar süreleri getirilemeyeceği gibi doktrinde savunulduğu üzere bu süreler ancak işçi lehine olacak şekilde artırılabilir²²³. Görüldüğü üzere işçinin fesih hakkını sınırlamak isteyen işverenin başvuracağı bu

²¹⁹ SÜZEK Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s.14-16.

²²⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.546; ARICI, Cezai Şart s.42.

²²¹ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 377.

²²² SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s.364; KAPLAN Emine, İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987, s.75,76.

²²³ SÜZEK Sarper, İş Hukuku, s.405, Borçlar Kanunu madde 340/son'da getirilen eşitlik esası İş Hukukunda mutlak olarak uygulanamayıp İş Kanunu madde 17/2 işçi lehine nispi emredici nitelik taşıdığı için işverenin uyacağı bildirim süresi işçinin uyacağı süreden daha uzun dahi kararlaştırılabilecektir; ÇELİK, İş Hukuku, s.180-181; EKONOMİ Münir, Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Açısından Yargıtay Kararlarının Etkisi, Kamu-İş, Ekim 1988; s.5-6; CENTEL Tankut, İş Hukuku, Cilt:1, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s.173; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2004, s.520.

yollar kendisi açısından da sınırlayıcı durumlar yaratacaktır. Bu nedenle işverenin başvuracağı en iyi hukuki yöntem cezai şart kararlaştırmaktır. Böylelikle olası bir fesihte taraflardan biri zarara uğradığını ve zararın miktarını ispat etmek zorunda kalmaksızın zararını tazmin edebilecek, diğer taraf da dilediği zaman cezai şart tutarını ödemek suretiyle sözleşme ilişkisini sona erdirebilecektir.

Cezai şartın işçi açısından olumlu yanı; iş sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesini engelleyerek, iş güvencesine sahip olmaktır. İşveren açısından olumlu yanıysa; işçinin fesih hakkını sınırlanarak, istihdam güvencesinin garanti altına alınmasıdır²²⁴.

1. Haklı Sebep Fesih Hakkının Sınırlandırılması

Haklı sebep fesih hakkı, dürüstlük kuralı gereği iş ilişkisini sürdürmesi kendisinden beklenemeyecek olan tarafa belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı veren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Haklı neden ile fesih hakkının doğduğu hallerde, akdi ilişkiye devam etmek taraflardan biri için çekilmez bir hale gelmiştir. İş Kanunu'nda haklı sebep kavramı tanımlanmamış olup Kanun'un 24 ve 25. maddelerinde "sağlık sebepleri", "ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri", ile "zorlayıcı sebepler" haklı sebep fesih nedenleri olarak sınıflandırılmıştır²²⁵.

Haklı nedenin somut olarak belirtilmesi zorunlu değildir. Ancak uyumsuzluk halinde haklı nedenin varlığını ispat ile sorumlu olan sözleşmeyi fesheden taraftır²²⁶. Bu noktada, uygulamada kavram kargaşasına düşülen bir hususun açıklanması gerekir. Fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığından bahsedebilmek için öncelikle fesih hakkının doğmuş olup olmadığını araştırmak gerekir. Fesih hakkı doğmamasına rağmen sözleşme feshedilmişse, haksız fesih söz konusudur. Hakkın kötüye kullanıldığından söz edebilmek için öncelikle fesih hakkı doğmuş olmalıdır. Örneğin; işçinin hastalığı nedeni ile devamsızlık yaptığı ancak işverenin iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshettiği sözleşmede esasında, işveren yönünden bir fesih hakkı doğmamıştır. Bu somut olayda Yargıtay, işçinin yirmi yıldır işyerinde çalıştığı, o güne değin hiç devamsızlık yapmadığı halde hastalığı nedeni ile kısa süreli olarak işyerine gelmeyen işçinin işine son verilmesini,

²²⁴ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.74; BAŞBUĞ, Disiplin Cezaları, s. 247

²²⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.500

²²⁶ ÇELİK, İş Hukuku, s.224.

işverenin fesih hakkını objektif iyi niyet kurallarına uygun olarak kullanmamış olduğu gerekçesine dayandırarak feshi haklı bulmamıştır²²⁷. Oysa ki, işçinin devamsızlığı meşru bir nedene dayandığı için bu somut olayda işverenin fesih hakkı doğmamıştır. Doğmayan hakkın ise kötüye kullanıldığından söz edilemez. Yine; konuya ilişkin somut bir olayda işyerinde devamsızlığı olan birkaç işçiden sadece sendikaya üye olanların iş sözleşmelerinin feshedilmesi halinde işverenin eşitlik ilkesine riayet etmediği dikkate alınarak işverenin kötü niyetli olarak feshe başvurduğu düşünülebilir²²⁸.

Ancak Süzek, bu somut örneklere rağmen haklı sebeple fesih hakkının kötüye kullanılmayacağını savunmaktadır. Süzek'e göre; haklı nedenle feshin dayanağı; akdin devamının taraflar arasında çekilmez hale gelmiş olmasıdır ve bu nedenle ortaya çıkan katlanılmaz duruma rağmen karşı taraftan iş akdine devam etmesi objektif iyiniyet kurallarına göre beklenilemez. İşçi, kendi kusurlu hareketi nedeni ile aleyhine fesih sebebi yaratmıştır ve hukukun genel kuralı gereği kimse kendi kusuruna dayanarak bir hak iddia edemez. Çenberci ise, her hak gibi haklı nedenle fesih hakkının da objektif iyiniyet kurallarına uygun şekilde kullanılması gerektiğini savunmuştur. Yukarıda incelenen somut örnekte o güne değin kötü bir davranışı olmayan kıdemli bir işçinin birkaç gün işe devam etmemesi nedeni ile sözleşme sinin feshini objektif iyiniyet kurallarına aykırı olduğunu belirtmiştir²²⁹. Esener' e göre ise, işveren bakımından fesih için haklı bir sebep oluşmuşsa artık fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilemeyecektir²³⁰.

İş Kanunu'nda sağlık sebepleri ve zorunlu haller de haklı sebeple fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu gibi hallerde işçinin iyiniyet kurallarına aykırı davranışları söz konusu olmasa da, objektif iyiniyet kuralları gereği işverenden iş ilişkisini devam ettirmesini beklemek ve işverenin bu nedenlerden birine dayanarak feshe başvurması halinde hakkı kötüye kullandığından bahsetmek mümkün değildir²³¹.

İşveren fesih hakkını kullanırken haklı sebebe dayanmış olup özünde sendikal neden de bulunsa artık işverenin haklı sebeple fesih hakkı doğmuşsa,

²²⁷ Y. 9.HD, T. 23.05.1967, E.1967/4898, K.1967/4415, ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.421, dn.62.

²²⁸ SÜZEK, Fesih Hakkı, s.21

²²⁹ ÇENBERCİ, s.426,427.

²³⁰ ESENER Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978, s. 232.

²³¹ SÜZEK, Fesih Hakkı, s. 23-25.

işverenin fesih sebebinin sendikal neden olduğunu ispat etmek güçtür ve sonuç itibarı ile işverenin feshi haklı nedene dayandırması nedeni ile iddianın ispatı sonuç itibarı ile feshin sonuçlarını etkilemeyecektir.

2. Süreli Fesih Hakkının Sınırlandırılması

İş Kanunu'nun 21. maddesinde iş güvencesine tabi olan işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli neden ile feshedilmemesi halinde işçinin işe iade edileceği düzenlenmiş ve aynı maddenin son fıkrasında iş güvencesi yaptırımlarının sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemeyeceği ve aksi yönde sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu düzenlenmiştir.

İş güvencesine tabi olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshine ilişkin hükümler kural olarak işçi lehine değiştirilebilir. Örneğin; iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile iş güvencesine tabi olmayan işçilerin iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 18. maddesindeki geçerli fesih halleri ile sona erdirilebileceği aksi halde işverenin cezai şart ödeyeceği kararlaştırılabilir²³². Bu sınırlama, işçi lehine olup İş Kanunu'nun 18 ve 21 maddelerine aykırı olmadığından geçerlidir. Toplu iş sözleşmesi ile işverenin işletme gereği yapacağı toplu çıkarmalarda “son giren ilk çıkar” kuralı getirilerek ya da feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının belirlenmesi disiplin kurulu kararına bağlanarak işverenin fesih hakkı sınırlanabilir²³³.

C. Fesih Hakkının Disiplin Kurulu Kararı ile Sınırlandırılması

İşverenin fesih hakkı, iş güvencesi kapsamında olan veya olmayan işçiler yönünden toplu iş sözleşmesinde öngörülen ve tarafların temsilcilerinden oluşan bir disiplin kurulu kararına da bağlanabilir. Böylelikle işverenin derhal fesih hakkı sınırlandırılmış olur²³⁴. Ancak, işverenin fesih hakkını doğrudan ortadan kaldıran veya dolaylı şekilde sınırlandırılarak kullanılmasını olanaksız hale getiren toplu iş sözleşmesi hükümleri işvereni bağlamaz. Örneğin; toplu iş sözleşmesi ile fesih

²³² SÜZEK, İş Hukuku, s.542; SÜZEK, Değerlendirme Semineri 1998, s.94-95; EKONOMİ Münir, İş Hukuku, s.224-226.

²³³ SÜZEK, İş Hukuku, s.542.

²³⁴ “Toplu iş sözleşmesinde, işverenin iş akdini bildirimsiz fesih hakkının, iş güvencesinin sağlanması ve işçiyi koruma amacına yönelik olarak, belirli bir artımdan geçirilmek suretiyle sınırlandırılması mümkündür.”. Y.9.HD, T. 01.06.1994, E.1994/9-71, K.1994/381, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.07.08.2008.

hakkının disiplin kurulu kararına bağlanması halinde disiplin kurulunun oybirliği ile karar alması şart kılınmış ise işverenin fesih hakkı olanaksız hale getirilmiş olur ve bu şekildeki toplu iş sözleşmesi hükmü geçerli kabul edilmeyecektir²³⁵.

Toplu iş sözleşmesi ile sözleşmenin feshi için disiplin kurulu kararı alınması kararlaştırılmış ise işveren haklı sebep ile iş sözleşmesini feshetse dahi iş sözleşmesi toplu iş sözleşmesine aykırı olarak feshedildiği için fesih haksız fesih sayılır²³⁶.

Uygulamada, toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinin feshi için disiplin kurulu kararı alınmaması halinde işverenin cezai şart ödemekle yükümlü olacağı da kararlaştırılmaktadır²³⁷.

İş Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan işverenin iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih halleri nispi emredici nitelikte olmasa dahi maddedeki fesih nedenlerinin aksine hükümler toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile işçi lehine dahi olsa kararlaştırılmaz. Yasa ile işverene derhal fesih hakkı tanınmış olmasına

²³⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s. 541; "İş akdinin feshedilebilmesi için disiplin kurulunun oybirliği ile karar alması veya disiplin kurulunun çok kısa bir süre içerisinde karara vermesinin zorunlu tutulması nedeni ile toplu iş sözleşmesinin bu hükümleri geçersizdir". Y. 9HD, T.04.11.1990, E.1990/13721, K.1990/16726, İşveren Dergisi, Kasım 1999, s.17-18.

²³⁶ "Davacı Teksif sendikası üyesi olup işyerinde davacının üyesi bulunduğu sendika ile işveren arasında 1.11.1996-31.10.1998 süreli Toplu İş Sözleşmesi yürürlükteyken hizmet akdi feshedilmiştir. Bu Toplu iş sözleşmesinin 57. maddesine göre işten çıkarma işleminin disiplin kurulu kararı ile yapılacağı öngörülmüştür. Oysa davacının hizmet akdi disiplin kurulu kararı olmaksızın feshedilmiştir. Bu durumda hizmet akdinin feshi haksız fesih haline gelmiş bulunmaktadır. Böyle olunca davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmış bulunmaktadır". Y. 9HD, T. 22.05.200, E.2000/3958, K.2000/7162, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası; Aynı yönde; Y. 9HD, T.05.03.1996, E.1996/35962, K.1996/3819(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.01.2009, Çimento İşveren Mayıs 1996, s.30-31(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.01.2009; Y. 9HD, T.31.05.1999, E.1999/7665, K.1999/9472, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.01.2009; Y. 9HD, T.11.05.1998, E.1998/6405, K.1998/8616, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.12.2008; YHGK, T. 08.10.1997, E.1997/9-45, K.1997/772, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.01.2009; Aksi yönde Y. 9HD, T.04.07.2001, E.2001/9089, K.2001/12012, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2002, s.34-35.

²³⁷ "Hizmet akdinin feshedildiği tarihte işyerinde yürürlükte bulunan, 01.03.1999-29.02.2001 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesinin 31. maddesinin ikinci fıkrasında "Toplu İş Sözleşmesinin kapsamı, içindeki işyerlerinde çalışan üyelerimiz haksız nedenlerle bireysel yada toplu şekilde işten çıkarılamazlar. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 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." şeklindeki hükmü gereği işçinin cezai şart alacağı kabulü gerekir. Y.9HD, T. 16.04.1997, E.1997/1721, K.1997/7546, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi; Aynı yönde; "Davalı işverenin TİS 23. maddesinde düzenlenen işyeri değişikliğinde, kurala aykırı davrandığı, cezai şart niteliğindeki tazminatın ödemesi gerektiği" Y.9HD, T.19.09.2005, E.2005/27701,K.2005/30370, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr), (06.01.2009)

rağmen 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunu'nun 5. maddesine aykırı olarak işverenin derhal fesih hakkını toplu iş sözleşmesi ile engellenmesi isabetli değildir²³⁸. Yargıtay ise konuya ilişkin kararlarında benzer yöndeki toplu iş sözleşmesi hükümleri ile işverenin derhal fesih hakkının kullanılmasını sınırlanmasını geçerli kabul etmektedir. Örneğin somut bir uyuşmazlıkta; davacı işçinin başka bir işçiye hakaret, amirlerine küfür ve hakaret eylemleri nedeniyle disiplin kurulu kararı ile iş sözleşmesi feshedilmiştir. Taraflar arasındaki toplu iş sözleşmesinin disiplin ceza cetvelinde ise işçinin eylemlerinin yaptırımları gösterilmiş olup, ilk eylemde ihtar cezası verilmesi, tekrarında yevmiye kesim cezalarının uygulanması ve dördüncü kez işlenmesinde işten çıkarma cezası öngörülmüştür. Yüksek mahkeme toplu iş sözleşmesinde disipline ilişkin konularda toplu iş sözleşmesinin ceza cetveline uygun olarak cezai karar verilmesi gerektiği için feshi haksız kabul etmiş ve disiplin cezası verilmesi gerektiğini kararlaştırmıştır²³⁹.

İş sözleşmesi mahiyeti itibarı ile bir özel hukuk sözleşmesi olup sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde işçi veya işveren tarafından tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilebilir. İş hukukunda iş sözleşmesini fesih hakkı genel itibarı ile haklı fesih ve geçerli fesih kavramı olarak iki ayrı fesih türünü kapsar. İş sözleşmesinin sona ermesi haklı fesih ve geçerli fesih sebepleri ile sınırlı olmayıp işçinin ölümü (Borçlar Kanunu madde 347/1), belirli süreli iş sözleşmesinde sürenin dolması (Borçlar Kanunu madde 347/2) gibi hallerde de iş sözleşmesi sona erer. Ancak bu gibi hallerde taraflardan birinin ortaya koyduğu bir fesih iradesinden söz edilemez²⁴⁰.

VI. İŞ SÖZLEŞMESİNDE TEK TARAFLI İŞÇİ ALEYHİNE CEZAI ŞART KARARLAŞTIRILMASI

A. Tek Taraflı Cezai Şart

Kanun koyucu tarafların sözleşme serbestisi çerçevesinde cezai şart kararlaştırabileceğini düzenlemiş olup tek taraflı cezai şart konusunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 181/I maddesinde;

²³⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.540; ALPAGUT, Değerlendirme 2001, s.123-124.

²³⁹ Y.9.HD, T.06.11.2003, E.2003/6468, K.2003/18840, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 09.01.2008

²⁴⁰ SÜZEK Sarper, İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s.13vd.

tarafının, ceza miktarını serbestçe belirleyebilecekleri düzenlendikten sonra Tasarının 419. maddesinde ise; hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olduğu belirtilmiştir. Tasarının gerekçesinde ise 419. maddenin birinci fıkrasına göre, hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulacak ceza koşulunun geçersiz olacağı ancak buna karşılık hizmet sözleşmelerine işçi lehine ceza koşulu konulabileceği ve bu fıkranın nispi emredici bir nitelik taşıdığı belirtilmiştir²⁴¹.

Hukukumuzda her iki taraf için öngörülmedikçe cezai şart kararlaştırılmayacağı ancak eğitim giderlerinin cezai şart ile güvence altına alınmasında işçi aleyhine cezai şart kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir²⁴².

Yargıtay'ın süregelen uygulaması iş sözleşmesinde cezai şartın iki taraf için de hüküm doğurmak üzere kararlaştırılabileceği ancak tek taraflı olarak işçi aleyhine cezai şart kararlaştırılmayacağı yönündedir²⁴³. Bu uygulamanın temelinde yatan düşünce hiç şüphesiz ki; işçiyi koruma ilkesidir. Sosyal devlet ilkesi gereği güçsüz ve özellikle ekonomik yönden işverene bağımlı olan işçinin, ekonomik iktidarı elinde tutan işveren karşısında mağdur olmasına izin verilemez. Yargıtay eğitim giderleri konusunda ise işçi aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştırılabileceğine hükmetmektedir. Konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir²⁴⁴.

Alman hukukunda tek taraflı cezai şartın sınırlandırılmasında; fesih şartları açısından tarafların eşitliği ve cezai şartın belirlilik ilkesine uygun olması gereği üzerinde durulmaktadır. Belirlilik ilkesine göre; cezai şart miktarı itibarı ile ve hangi

²⁴¹ www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-1075.doc; Erişim Tarihi:06.07.2009.

²⁴² **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 366,367; **ÇELİK**, İş Hukuku, s.184; **ŞAHLANAN**, s.78; **ÖĞUZMAN**, Değerlendirme Semineri 1992, s.84; **ALPAGUT**, Değerlendirme Semineri 2001, s.115-116; **ÖZDEMİR**, s. 150; **KARAGÖZ**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 93

²⁴³ “Taraflar arasındaki hizmet akdinde öngörülen cezai şart iki taraflı olup davalı işçi hizmet akdini süresinden önce feshettiği için cezai şartın hüküm altına alınması doğrudur.” Y.9.HD, 09.05.2000 T, E.2000/2835, K.2000/6716, **GÜNAY**, Şerh, s.403. Yargıtay kira sözleşmesindeki cezai şartın iki taraflı olması nedeni ile sözleşmedeki cezai şartı geçerli kabul etmiştir. Y.HGK, T.27.10.1982, E.1980/13-2076, K.1982/840, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.03.02.2009; “Hizmet akitlerine işçi aleyhine olarak konulan tek taraflı cezai şart geçerli değildir; Y. 9.HD, T.26.06.1997, E.1997/10135, K.1997/13040, **GÜNAY**, Şerh, s.300; Aynı yönde; Y. 9HD, T. 17.11.1992, E. 1992/8777, K. 1992/12603, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2008; Y. 9HD, T. 29.12.1997, E. 1997/18230, K. 1997/22730 Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2008; Y. 9HD, T. 24.4.1996, E. 1995/35258, K. 1996/9448, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2008; Y. 9HD, T. 3.6.1997, E. 1997/7529, K. 1997/10660, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2008 Y. 9HD, T. 16.9.1994, E. 1994/6706, K. 1994/12103, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2008

²⁴⁴ Bkn. s.85.

sözleşmeye aykırı davranışın cezai şartı muaccel hale getireceği yönünden açık ve anlaşılır olmalıdır²⁴⁵. Eşitlik ise, fesih şartlarının taraflar açısından eşit düzenlenmesi gereğine dayanır²⁴⁶.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde salt işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın tek taraflı olduğunu kabul eden Yargıtay'ın görüşünün doktrinde eleştirildiğine yukarıda değinilmiştir²⁴⁷. Burada özetle, Yüksek Mahkeme'nin, işçinin belirli süreli iş sözleşmesini süreden önce feshetmesi halinde cezai şart ödemekle yükümlü olacağına ilişkin sözleşme hükümlerini tek taraflı kabul ederek geçerlilik tanımadığını; ancak, doktrinde ise işverenin belirli süreli iş sözleşmesini süresinden önce feshi halinde işçinin Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinden yararlanabilme imkânı varken işverenin de isteyebileceği bir cezai şart öngörmesinin yerinde olduğu savunulduğu söylenebilir.

B. İki Taraflı Cezai Şart ve Geçerlilik Koşulları

İş Hukukunun genel kurallarına ve Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına göre sözleşme ile iki taraflı veya sadece işveren aleyhine cezai şart kararlaştırılabilir. Ancak her iki taraf için cezai şart öngörülmüş ise de işçi aleyhine olan cezai şart miktarı daha fazla ise işçinin cezai şart ödeme yükümlülüğünün doğması halinde daha düşük olan cezai şart miktarına hükmetmek gerekir²⁴⁸.

İki taraflı cezai şart iş sözleşmesi ile kararlaştırılabileceği gibi toplu iş sözleşmesi ile de kararlaştırılabilir. Toplu iş sözleşmesi mahiyeti itibarı ile bir sözleşmedir ve tarafların toplu iş sözleşmesi ile cezai şart kararlaştırmalarını engelleyen bir hukuk kuralı bulunmamaktadır.

²⁴⁵ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 87, 88.

²⁴⁶ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 85.

²⁴⁷ Bkn. yukarıda s.33vd.

²⁴⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 520; SÜMER, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1997 Yılı Kararlarının değerlendirilmesi, İstanbul 1999, s.109; "Taraflar arasındaki hizmet akdinde öngörülen cezai şart iki taraflı olup davalı işçi hizmet akdini süresinden önce feshettiği için cezai şartın hüküm altına alınması doğrudur." Y.9.HD, 09.05.2000 T, E.2000/2835, K.2000/6716, GÜNAY, Şerh, s.403; Y.9HD, T.26.03.1997, E.1996/22867, K.1997/6102, GÜNAY, Şerh, s.285; İşverenin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin işyerini İstanbul'dan Adana'ya naklettiği bir örnekte ise; "Taraflar arasında imzalanmış olan iş sözleşmesinin ortak hükümler başlıklı 9. maddenin 3. bendinde: "İş Kanununun işçiye tanıdığı bildirimsiz fesih hakkı doğuran şartların herhangi birisinin meydana gelmesinde veya işverenin mevcut işi her ne sebeple olursa olsun geçici veya devamlı tatil veya tasfiye etmesi halinde cezai şartlar işçi lehine uygulanır." hükmünü geçerli kabul etmiş olup kararın gerekçesinde cezai şart hükmünün işçinin lehine olduğuna değinmiştir. YHGK, T.17.05.2000, E.2000/9-81, K.2000/899, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi.05.01.2009

Cezai şartı geçerli kabul etmek için karşılıklı olması tek başına yeterli olmayacaktır. İki taraflı cezai şartın geçerliliği için cezai şartın muaccel olma sebebi, cezai şartın miktarı gibi unsurlarda taraflar arasında denklik sağlanıp sağlanmadığı incelenmelidir. Karşılıklı cezai şartın geçerli kabul edilmesi gereken unsurlar uygulamadan örneklerle somutlaştırılabilir.

1. Cezai Şartın Muacceliyet Sebepleri Yönünden Tarafların Denkliği

Taraflar arasında denklik ilkesi öncelikle cezai şart alacağına doğma nedenleri yönünden olmalıdır. Her iki taraf için kararlaştırılan ortak şartın gerçekleşmesi halinde cezai şart alacağı muaccel hale gelir. Ancak işçinin sözleşmeyi haksız feshi halinde cezai şartın muaccel olacağı, işverenin ise sadece geçersiz olarak iş sözleşmesini feshetmesi halinde cezai şart ödemekle yükümlü olacağı yönündeki hükümlerde denklik sağlanmamış olur ve uygulamada bu tür cezai şart hükümleri geçersiz kabul edilmektedir.

Somut bir uyuşmazlıktaki sözleşmedeki cezai şart hükmü şöyledir; *“Personel, sözleşmenin bitim tarihinden önce işveren tarafından kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın işi bıraktığı takdirde, işverene yasal hakları dışında işi bıraktığı aydaki 4 brüt maaş tutarında tazminat ödemeyi peşinen kabul eder. Haklı bir neden olmadan personelin işine son verildiği takdirde, işveren tarafından da personelin yasal hakları dışında iş akdinin feshedildiği aydaki 4 brüt maaş tutarında tazminat ödenecektir.”* Sözleşmedeki cezai şart, miktar olarak eşittir. Ancak cezai şartın muaccel hale gelmesi için; işçi açısından işverenin haklı neden olmadan sözleşmeyi feshetmesi gerekirken, işveren açısından ise işçinin mazeretinin işveren açısından ise tarafından kabul edilebilir nitelikte olmaması aranmıştır. Cezai şartın muaccel olma nedenleri yönünden denklik sağlanamamış, sözleşme ile işçi aleyhine ve işveren lehine bir kural koyulmuştur. Yargıtay yerinde olarak bu nedenle cezai şartı geçersiz kabul ederek davacı işverenin talebinin reddine karar verilmesi gereğine hükmetmiştir²⁴⁹.

Cezai şartın doğma nedenleri yönünden mutlak anlamda eşitlik sağlanamasa da işçinin mağduriyetine yol açabilecek nitelikteki cezai şart hükümlerine geçerlilik tanınmayarak tarafların denkliği sağlanabilir. Örneğin somut bir uyuşmazlıkta; iş

²⁴⁹ Y. 9HD, T.30.5.2002, E.2002/1228, K.2002/9321, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları 2000-2005, Kamu-İş, Ankara 2006, s.49-50.

sözleşmesinde “*Akdin süresinden önce feshedilmesi halinde işçi, fesih tarihindeki geniş anlamdaki ücreti, baz alarak sözleşme süresinin geriye kalan aylarına tekabül eden ücretlerinin toplamının iki misli tutarında tazminat ödeyeceğini kabul ve taahhüt eder. İşbu sözleşmenin işverence haksız feshedilmesi halinde aynı tazminat miktarı ile işveren de sorumludur.*” şeklinde cezai şarta yer verilmiştir. Sözleşmedeki cezai şart karşılıklı gözükmese de sözleşmenin son cümlesinde işveren yararına bir kural getirildiği ve bu yönüyle taraflar arasında denkliğin bozulduğu görülmektedir. Sözleşmenin maddesinin son cümlesi şu şekildedir. “*Ancak işverenin kanundan ve sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan fesih hakkı saklı olup bu tazminat kapsamında değerlendirilmez*”. Anılan karardaki cezai şart hükmü Yargıtay tarafından geçerli kabul edilmiştir. Ancak somut uyuşmazlıkta cezai şartın düzenlenmesinde eşitlik ilkesine uyulmamış olup işçi aleyhine bir durum yaratılmıştır. Bu nedenle cezai şartın tek taraflı olduğundan bahisle geçersizliğine karar vermek gerekirken, işçinin cezai şartla yükümlü tutulmasını karara bağlayan Yüksek Mahkeme’nin kararı yerinde değildir ve mevcut içtihatları ile çelişir niteliktedir.

Yargıtay benzer yöndeki bir kararında da; “*İşçinin sözleşmeyi 30 aylık süre tamamlanmadan feshettiği takdirde, davalı işverene son ücreti üzerinden çalışılmayan bakiye süre için cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmışken, işverenin aynı şekilde fesih yoluna gitmesi halinde sadece üç aylık ücretle sınırlı bir cezai şart getirilerek ayrıca işçinin performans göstermemesi gibi muğlak bir düzenlemeye yer verilmiştir. Cezai şartın muacceliyeti yönünden taraflar arasında denklik sağlanmadığı gibi, işçinin sorumluluğunun daha ağır olması nedeni ile cezai şart geçersizdir*” şeklindeki gerekçesi ile cezai şartın belirli olmaması ve muacceliyeti yönünden taraflar arasında denklik sağlanmaması nedeni ile cezai şartı geçersiz kabul etmiştir²⁵⁰.

Başka bir Yargıtay kararında ise, “*Taraflar arasında yapılan toplu iş sözleşmesinde, işverenin her türlü teknolojik gelişmeler sebebiyle sendika üyesi olan işçinin iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatının iki katı kadar cezai şart ödemesi kararlaştırılmış olup yargılama sırasında feshin teknolojik nedenle olduğu belirlenmiştir. Davalı işveren ibranameye dayanarak cezai şart ödeme*

²⁵⁰ Y.9.HD, T. 07.05.2002, E.2002/2161, K.2002/7195, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.08.2008.

yükümlüğünün olmadığını belirtmişse de bu belge ile cezai şartın ibra edildiğini göstermez” şeklindeki kararı ile somut uyuşmazlıkta, tek taraflı olarak işveren aleyhine getirilmiş olan cezai şartı geçerli kabul etmiştir²⁵¹.

2. Cezai Şartın Miktarı Yönünden Tarafların Denkliği

Taraflar arasında denkliğin cezai şartın miktarı yönünden de sağlanması gerekir. Cezai şartın muaccel olması halinde işçinin ödemekle yükümlü olacağı miktar ile işverenin ödemekle yükümlü olacağı cezai şart miktarı eşit olmalıdır. Ancak sözleşmedeki cezai şart hükmünün eşit olmaması halinde tarafların gerçek iradeleri yorumlanmalı ve cezai şartın geçersizliğine değil, işçi aleyhine olan cezai şart miktarının işçi lehine indirilmesi yoluna gidilmelidir. Örneğin, bir yıl süreli bir iş sözleşmesinde işçi olan öğretmen sözleşmeyi süresinden önce feshetmesi halinde 50.000.000 TL, davacı işveren Eğitim Vakfının feshetmesi halinde ise 10.000.000 TL cezai şart öngörülmüştür. Yargıtay ise miktarlar arasında denklik bulunmaması nedeniyle daha düşük olan işveren aleyhindeki cezai şartın göz önünde tutularak hüküm kurulması gerektiğine değinerek haklı olarak kararı bozmuştur²⁵².

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNDE CEZAI ŞART KARARLAŞTIRILAN ÖZEL DURUMLAR

I. EĞİTİM GİDERLERİ KARŞILIĞI CEZAI ŞART VE DENETİMİ

A. Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart Kararlandırılması

Gelişen teknoloji ile birlikte işletmeler her geçen gün yeni işletme olanaklarına kavuşmakta ve dolayısıyla yeni teknolojik yöntemleri uygulayacak kalifiye çalışanlara ihtiyaç duymaktadırlar. Bu ihtiyaçlarını karşılamak için işverenler, işçileri mesleki eğitime tabi tutmakta, seminerler vermekte, kimi zaman da işçileri yurt içinde başka bir eğitim merkezine ya da yurt dışındaki özel eğitim merkezlerine göndermektedirler. İşverenin buradaki amacı; uzman kadro oluşturmak ve içinde bulunduğu iş piyasasındaki yeniliklere ayak uydurmaktır. Söz konusu eğitimler genellikle yüksek meblağlara ulaşmakta olup işveren tarafından karşılanır. İşveren yaptığı harcamalarla oluşturduğu nitelikli kadroyu kendi işyerinde

²⁵¹ YHGK, T.04.06.1997, E.1997/9-258, K.1997/503, **ŞAHİN** Çil, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Ankara 2006, s.181-182.

²⁵² Y. 9.HD, T.26.3.1997, E.1996/22867, K.1997/6102, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; Aynı yönde Y.9.HD, T.8.4.1997, E.1997/1090, K.1997/7099, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.01.2009.

tutmak için işçiyle cezai şart içeren sözleşmeler yapmakta ya da geri ödeme kayıtları adı altında, işçinin sözleşmeyi feshi halinde kendisi için yapılan eğitim giderlerini geri ödemesini kararlaştırmaktadır²⁵³. Geri ödeme kaydı kavram olarak işveren tarafından yapılan eğitim masraflarını içermekteyken; cezai şart ise daha geniş bir kavramdır. Taraflar eğitim gideriyle ve verilen eğitimin niteliğiyle orantılı olarak eğitim masraflarından daha fazla bir miktarda cezai şart kararlaştırabilir. Uyuşmazlık halinde ise hâkim Borçlar Kanunu m.161/son'a göre bu meblağı indirebilecektir. Görüldüğü üzere cezai şart ya da geri ödeme kaydı kararlaştırmak, farklı kavramları işaret ediyor gibi gözükse de, netice itibarı ile benzer sonuçları doğuran benzer kavramlardan ibarettir²⁵⁴.

Yargıtay'ın bu konudaki kararları incelendiğinde bazı kararlarında eğitim giderleri ile cezai şartı farklı kavramlar olarak ele aldığını ancak her iki halde de aynı koşullarına göre değerlendirme yaparak işverenden eğitim giderlerini belgelendirmesini beklediğini söyleyebiliriz.

Yargıtay 2001 tarihli bir kararında, iş sözleşmede kararlaştırılan miktarın eğitim gideri karşılığı cezai şart niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Davaya konu sözleşmenin ilgili hükmü şu şekildedir: *“Personel, banka 4 ay süreyle çok özel ve yüksek maliyetli olan bankacılık eğitimi vermiş olduğundan, 36 ay süreyle bankada çalışmayı beyan, kabul ve taahhüt eder. Personel işbu 36 ayın sona ermesinden önce her ne suretle olsun, iş akdini fesheder ve/veya iş akdi İş Kanunu'nun 17/II uyarınca sona erdirirse 10000 USD Dolarının takip günündeki karşılığı tutarında cezai şartı ödemeyi kabul eder”*. Sözleşmenin cezai şartı ilişkin bu maddesinde cezai şartın *“işçiye verilen yüksek maliyetli eğitimin karşılığı olduğu”* açıkça öngörülmüştür. Kararlaştırılan hükmün hukuki niteliğini belirleyecek olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesi uyarınca hâkim olup, hâkim tarafların yaptığı hukuki nitelemeyle bağlı değildir. İşçiye belli bir eğitimin verilmiş olması tek başına cezai şartın geçerliliği için yeterli olmasa da eğitimin niteliği, süresi, eğitim sonrası bağlanma süresinin katlanılabilir olup olmaması, işverenin korunmaya değer menfaatleri cezai şartın geçerliliği bakımından belirleyici olacaktır. Yerel

²⁵³ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s.369; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 218.

²⁵⁴ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.220.

mahkemenin cezai şartı eğitim gideri olarak nitelendirip gereken indirimi de yaparak isteği kısmen hüküm altına alması isabetlidir”²⁵⁵.

Yargıtay 2006 tarihli yeni bir kararında ise, yerel mahkemenin hukuki niteliği belirlemedeki hatasına değinmiştir. Yargıtay kararında; “*Yerel mahkeme, eğitim giderleri ve cezai şart için ayrı ayrı iki hüküm kurmuşsa da davacının talebi davalı işçiye eğitim süresince ödenen brüt ücretinin ve davalı işçiye yapılan eğitim masraflarının ödenmesi talebinden ibarettir. Burada verilmesi gereken karar eğitim süresince ödenen ücretlerin geri istenmesine ilişkin cezai şart talebin reddi ve eğitim masraflarının işçiye düşen kısmı içinse belirlenen miktar üzerinden işçinin sorumlu olması gerektiği hususudur*” şeklinde hüküm kurmuştur²⁵⁶.

Yargıtay her iki kararında da davacıların taleplerini klasik anlamda cezai şart olarak nitelendirmemiş, taleplerin dayanağı olan belgelerin sunulması halinde belirlenecek olan miktarın kabul edilebileceğine hükmetmiştir. Böylelikle cezai şartın unsurlarından biri olan zararın aranmaması koşulunu göz ardı ederek zarar ispatına göre alacak hakkını değerlendirilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yeni tarihli bir kararında eğitim giderleri karşılığı yapılan masrafların niteliğini değerlendirmiş olup bu tür alacakları cezai şart değil, kendine özgü bir alacak talebi olarak nitelendirmiştir ve 9. Hukuk Dairesi’nin cezai şart olarak nitelendirmesine ilişkin görüşünden ayrılmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kararı şöyledir: “*Her ne kadar Özel Dairenin bozma ilamında davalı bankanın talep ettiği bedel bir cezai şart olarak nitelendirilmişse de, gerek*

²⁵⁵Y. 9.HD, T. 29.11.2001, E. 2001/14517, K.2001/18743, Yasa Hukuk Dergisi, C. XXI, S. 243/02, Şubat 2002, s.276; “Davacı eğitim masrafları alacağının ödetilmesini istemiş, yerel mahkeme bu talebin cezai şart niteliğinde olduğuna karar vermiş ve tek taraflı cezai şart kararlaştırılmayacağından bahisle davayı reddetmiştir. Ancak, somut uyuşmazlıkta tek taraflı cezai şart olduğundan bahsedilemeyeceği gibi işverenin eğitim için masraflar yaptığının belli olması nedeniyle bu eğitim masraflarının talep edebilir”. Y. 9.HD., T. 03.04.2002, E. 2001/19821, K.2002/5788, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr), Erişim Tarihi.03.04.2008.

²⁵⁶“İş sözleşmesinin 10. maddesinde cezai şart öngörülmüş ve bunun unsurları olarak da eğitim giderleri ile eğitim süresince ödenen ücretten söz edilmiştir. Mahkemece, iş sözleşmesi hükmünün ayrı ayrı eğitim giderleri ile cezai şartı öngördüğünden bahisle sonuca gidilmesi ve ayrı ayrı iki hüküm kurulması doğru olamamıştır. Sözleşme hükmü doğrultusunda davalı işçi yönünden cezai şartın belirlenmesi ve tamamı için Borçlar Kanunu m.161/son maddesi hükmü gözetilerek indirim hususunun düşünülmesi için kararın bozulması gerekmiştir.” Y.9.HD, T. 31.1.2006, E. 2005/30036, K.2006/1838, <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=7232>, 17.12.2007; Aynı yönde “Eğitim süresince banka tarafından işçiye ödenen ücretlerin cezai şart kapsamında geri istenmesi olanağı bulunmadığından bu talebin reddine dair karar doğrudur.” Y. 9. HD, T. 19.9.2001, E. 2001/10098, K.2001/14113, <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=7232>, Erişim Tarihi.17.12.2007.

yanlar arasında düzenlenen sözleşmeler, gerek davacı tarafından imzalanan yüklenme ve kefalet senetleri, gerekse davalı banka tarafından çıkarılan yönetmelikler incelendiğinde, talep edilen bedelin davacıya bir yıl boyunca verilen eğitim ve yapılan masrafların karşılığı olduğu, dolayısıyla Borçlar Kanununun 158 ve devamı maddelerinde düzenlenen cezai şart niteliğinde olmayıp, kendine özgü bir alacak talebi niteliğindedir. Bir an cezai şart olarak düşünülse bile verilen eğitim gideri karşılığı olduğundan karşılıksız sayılamaz”²⁵⁷.

Somut hukuki uyuşmazlık incelendiğinde davalı işçinin bir yıl boyunca mesleki eğitim aldığı ve eğitim masraflarının davacı işveren tarafından karşılandığı, işçinin sözleşmedeki şarta uymayarak iş sözleşmesini feshettiği ve feshin haksız olduğu anlaşılmaktadır. Hukuki uyuşmazlık bu yönüyle spesifik bir nitelik taşımasa da Hukuk Genel Kurulu’nun kararındaki hukuki nitelendirme yeni bir bakış açısı getirmiştir. Kanımızca karar sonuç itibarıyla yerinde ve doğrudur. Gerçekten, işçinin eğitim gideri karşılığı yapılan masraflar işveren açısından bir alacak hakkı oluşturmakta ise de bu alacak cezai şart alacağı niteliğinde değildir. Şöyle ki; , iş hukukunun işçiyi koruma ilkesi gereği kimi uygulamalar iş hukukuna göre yorumlanarak, içtihatlarla kavramlara yeni anlamlar yüklenmektedir. Eğitim giderleri de tam bu konuda özellik taşır. Eğitim gideri, esas olarak cezai şart niteliğinde gözükse de özellikle cezai şartın muacceliyeti halinde alacaklının zararı ve kusuru ispatlaması gerekmiyor iken, eğitim giderinin talep edilmesi için uygulamada yapılan tüm harcamaların tek tek belgelenmesi ya da karşı tarafça ikrar edilerek ispat edilmesi aranırken sanki klasik bir edim davası olan alacak davası gibi ispata ilişkin tüm usuller uygulanmaktadır. Bu nedenle Hukuk Genel Kurulu kararı ile, bu tür alacakların tek taraflı cezai şart değil, kendine özgü bir alacak niteliğinde olduğunun değerlendirilmesi kanımızca isabetlidir.

B. Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şartın Tek Taraflı olup Olmadığı Sorunu

Yargıtay tek taraflı cezai şartın geçersiz olduğu kuralının istisnasını eğitim giderleri karşılığı olarak işçi aleyhine öngörülen cezai şartlara ilişkin olarak getirmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi iş sözleşmesinde kararlaştırılan tek taraflı cezai şartın geçersiz olduğunu içtihat etmekle birlikte eğitim gideri karşılığı

²⁵⁷Y. HGK, T. 18.6.2008, E. 2008/9-430, K. 2008/438, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi.08.01.2008).

öngörülen cezai şartı da işveren yararına görüp kabul etmemekteydi²⁵⁸. Ancak öğretideki görüşlerin de etkisiyle eğitim giderleri yönünden bu katı kuralını değiştirmiş ve eğitim giderleri karşılığı olarak cezai şart kararlaştırılabileceğine hükmetmiştir.

Yargıtay'ın görüşünü değiştirdiği 2000 tarihli kararı şöyledir. *“Taraflar arasındaki yazılı hizmet akdinin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi başlığı adı altında yer alan ‘personel, özel bir eğitimden geçirileceğinden her ne suretle olursa olsun iki yıl tam dolmadan ÇÇE’den ayrıldığı veya İş Kanunu’nun işverenin bildirimlessiz feshini düzenleyen madde 17/II maddesine göre feshi halinde üretime doğrudan katılmaksızın öğrenmekle geçirdiği staj süresince kendisine ödenen aylık, ikramiye, vs. eklentilerine karşılık olarak 300.000.000TL’sini çalıştığı süreyle orantı yapılmaksızın, tam olarak itirazsız ödemeyi beyan ve taahhüt eder.” biçimindeki kurala dayanarak işveren talepte bulunmuştur. Dairemizce sadece işveren yararına yer verilen cezai şart kural olarak geçersiz kabul edilmektedir. Ancak söz konusu düzenleme belli bir nedene bağlı olarak cezai şartın öngörüldüğünü belirtmektedir ki bu tür haller söz konusu olduğu zaman cezai şartın tek taraflı olmasının sonuca etkili olmadığı düşünülmektedir. Gerçekten işveren büyük masraflar yaparak işçiyi yurt dışında ya da yurt içinde eğitime ya da bursa tabi tutmuş yani onu yetiştirmiş ise işverenin belli bir süre işçiyi işyerinde çalışmaya mecbur tutması haklı görülmelidir. Somut olayda cezai şart özel eğitim amacıyla konulmuş bulunduğuna göre, salt tek taraflı olması sonucu onun geçersizliğinin kabulü hakkaniyet ve adalet ilkeleriyle bağdaşmaz. Bunun içinde mahkemeye 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”²⁵⁹.*

Yargıtay bu kararıyla isabetli bir sonuca ulaşmıştır. Gereğesi ile uygulamaya yol gösterici olmuştur. Sözleşmedeki cezai şart, belli bir nedene bağlı

²⁵⁸ Y. 9.HD, T.02.03.1998, E.1998/21587, K.1998/2833, YKD, Ekim 1998, s.1483; Y. 9.HD, T.17.02.1998, E.1997/20944, K.1998/1872, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi.08.01.2008; Y. 9.HD, T.04.05.1999, E.1999/6271, K.1999/8515, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi.08.01.2008.

²⁵⁹ Y. 9.HD, T.29.3.2000, E.2000/507, K.2000/4100, GÜNAY, Şerh, s.405-406; Kararın incelemesi için bkn. SOYER Polat, Karar İncelemesi, Çimento İşveren, Eylül 2000, s.31vd.

olarak öngörüldüğü için tek taraflı ve geçersiz kabul edilmemiştir²⁶⁰. Buna göre, eğitim giderleri karşılığı cezai şarta ilişkin bir uyuşmazlıkta mahkeme öncelikle iddia edildiği şekilde işçiye eğitim verilip verilmediğini araştırmalı, iddianın doğru olduğu kanaatine varılırsa işverenin haklı menfaati gereği talebinin kabulüne karar verilmelidir. Karar sonuç itibarıyla yerinde olsa da, somut olaydaki gibi işçi eğitimden sonra belli bir süre çalışmış çalışılan ve çalışılmayan süreler oranlanarak bir indirimle gidilmesinin de gerekli olduğunun belirtilmemiş olması yönüyle eksiktir²⁶¹.

Yargıtay sonraki kararlarında ise yerel mahkemelerden çalışılan ve çalışılmayan sürelerin oranlanarak geri ödeme miktarını kalan süreye göre belirlemelerini istemektedir²⁶². Eğitim karşılığı cezai şartı geçerli kabul eden görüşünü süregelen uygulamalarında da devam ettirmektedir²⁶³.

Yargıtay cezai şartın eğitim gideri olarak kararlaştırılması halinde cezai şartın tek taraflı olmadığını kabul etmişse de 2003 tarihli bir kararında bu görüşüne aykırı yönde bir karar vermiştir. Buna göre *“Davacı davalı işçiyi 02.8.1999-08.8.1999 tarihleri arasında altı gün meslek içi eğitime gönderdiğini, davalının iş akdini ihbar öneli vermeden feshettiğini, davalının imzasını taşıyan eğitim taahhütnamesinde kabul edilen 2500 USD’ nin tahsilini talep etmiştir. Mahkeme*

²⁶⁰ NARMANLIOĞLU, , s.43.

²⁶¹ SOYER, Karar İncelemesi, s.33.

²⁶² “Eğitim giderlerine ise davalı işçinin çalıştığı süre dikkate alınarak hükmedilmelidir.” Y. 9.HD, T.13.10.2003, E.2003/3842 , K.2003/16903, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; “Davalıya SAP Akademi firması tarafından verilen eğitim giderlerinin çalışılan ve bakiye süreye göre oran kurulmak suretiyle indirim yapılması yoluna gidilerek davalı işçinin sorumlu olduğu tutar hüküm altına alınmalıdır.” Y. 9.HD, T.8.2.2005, E.2004/8498, K.2005/3634, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; “Eğitim giderleri bakımından 1 yıllık süre içinde çalışılan ve çalışılması gereken süreye göre indirim yapılması gereği düşünülerek hüküm kurulmalıdır.” Y. 9.HD, T.25.9.2007, E.2007/20016, K.2007/28104, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. “Eğitim giderinin de karşılıklılık koşulu davacının üç yıl çalışmayı taahhüt etmesi ile gerçekleşmektedir. Diğer bir anlatım ile işverenin yaptırdığı eğitim karşılığı davalı işçi, belirli bir süre çalışmayı kabul ve taahhüt etmiştir. Bu durumun tek taraflı ve cezai şart olarak konulmuş bir hüküm olarak kabul edilmemesi gerekir. Bu nedenle davacı isteği içinde yer alan eğitim gideri talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır. Mahkemece yapılacak iş bilirkişi raporunun birinci seçeneğine göre, davalının çalıştığı-çalışmadığı süreye göre oranlanan bakiye eğitim gideri alacağı kabulüne karar verilmesi gerekir.” Y.9.HD, T. 16.06.2005, E.2004/30569, K.2005/21579, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası; ; Y. 9.HD, T.17.06.2003, E.2003/978, K.2003/11444, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası; Y.9.HD, T.30.04.2007, E.2006/27041, K.2007/13760, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası;

²⁶³ “Mahkemece sözleşmedeki düzenlemenin işçi aleyhine konulmuş tek taraflı cezai şart olarak kabul edilip isteğin reddedilmesi hatalıdır. Dairemizin yerleşik uygulamalarına göre davacı taraf eğitim gideri olarak harcama yaptığını ispatladığı takdirde uzman bilirkişiden rapor alınarak bu eğitim giderine hükmetmek gerekir.” Y. 9.HD., T. 5.5.2004, E.2003/14720, K.2004/4609, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

davacının talebine mesleki eğitim karşılığı bir alacak olduğunu kabul ederek 2500 Dolara tekabül eden miktara hükmetmiştir. Davalının imzaladığı eğitim taahhütnamesinin içeriğine göre; davalı işçinin 2500 USD ödeyeceği bir cezai şart kararlaştırılmıştır. Cezai şart, tek taraflı olup tamamen işçiye yükletilmiştir. Bu nedenle taahhütnameye dayanılarak davalı aleyhine cezai şart hüküm edilmez.”²⁶⁴. Yargıtay bu kararında sözleşmedeki cezai şartın tek taraflı olduğunu belirtmişse de; sözleşmedeki cezai şart eğitim gideri karşılığı olarak öngörülmüş olduğundan tek taraflı kabul edilemez. İşçi 6 günlük bir eğitime tabi tutulmuş ve bunun sonucunda 1 yıl içinde sözleşmeyi feshederse 2500 USD ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Eğitim gideri karşılığı getirilen bu cezai şartın geçersizliğine hükmedilmesi Yargıtay’ın bugüne kadarki yerleşmiş olan içtihatlarına aykırılık teşkil etmektedir.

Kanımızca, yerel mahkemenin cezai şartın verilen eğitimin karşılığı olarak kararlaştırılması nedeniyle davacının talebini kabul eden kararı doğrudur. Ancak aşağıda anlatılacağı üzere cezai şart içerik denetimine tabidir. Bu nedenle işçinin 6 günlük eğitimden sonra işçiye 1 yıllık bağlanma süresi öngörülmesinin katlanılabilir olup olmadığı, ayrıca 2500USD’nin fahiş olup olmadığı da hâkim tarafından incelenmelidir. Yargıtay’ın bozma gerekçesinde bu hususlara değinmemiş olup salt cezai şartın tek taraflı oluşundan hareketle hükmü kurması bu konuda yerleşmiş olan kararlarına aykırılık teşkil etmektedir.

C. Eğitim Giderleri Karşılığı Olarak Cezai Şartın Denetimi

1. Genel Olarak

İşçinin sözleşmeyi bağlanma süresinden önce feshetmesi halinde cezai şart ödemekle yükümlü olacağına ilişkin toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri esas itibarı ile işçinin fesih hakkını dolaylı olarak sınırlandıran bir düzenlemedir. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere işverenin cezai şart kararlaştırılmasında haklı menfaati bulunmaktadır. İşveren sözleşmenin feshi halinde işçinin eğitimi ile elde etmeyi umut ettiği menfaatlere kavuşamayacak ve somut olarak zarara uğrayacaktır. İşçi sözleşmeyi feshetmesi halinde cezai şart ödemekle yükümlü olacağını bilir. İşçi

²⁶⁴Y. 9.HD, T. 27.10.2003, E. 2003/5918, K.2003/18146, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

iş sözleşmesini sebepsiz yere ya da haklı bir neden olmadan feshedip cezai şart ödemeyi ya da cezai şart ödememek için iş ilişkisini sürdürmeyi seçme hakkına sahiptir. Çalışma hürriyeti Anayasa'nın 48. maddesinde anayasal güvence altına alınmış olup eğitim sonrasında belli süre işyerinde çalışma mecburiyeti getirilerek işçinin fesih hakkının sınırlanması ve hakkın kötüye kullanılması sorununun üzerinde durmak gerekecektir.

İşveren, bu durumda fesih hakkını kötüye kullanabilir mi? Örneğin; uzun süredir aynı işyerinde çalışmakta olan işçinin devamsızlığı nedeni ile işverenin iş sözleşmesini haklı olarak feshetmesi ve işverenin haklı fesih nedeni ile cezai şartın muaccel olması halinde işverenin iş ilişkisini sürdürmek istemediği için işçiye işçilik alacaklarını vermeden iş sözleşmesini feshetmek istediği düşünülebilir mi? Bu soru fesih hakkının kötüye kullanılması ve fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin yukarıda açıklanan görüşler ışığında değerlendirilmelidir. İşverenin haklı neden ile fesih hakkının doğmuş ise iş ilişkisi işveren yönünden katlanılmaz bir hal almıştır denilebilir. Bu durumda işverene kanunen fesih hakkı tanınmışken işverenin yasal koşulları oluşan fesih hakkını kötüye kullandığını iddia etmek hakkaniyetle bağdaşmaz ve işverenin fesih hakkını özüne aykırı bir sınırlamadır.

İşçi önceden müzakere olanağı olmadan iş sözleşmesinde yer alan tek taraflı cezai şart kayıtlarını kabul ederken sözleşme içeriğine etki edebilme imkânına sahip olmayıp işveren işçinin bu durumundan tek yanlı olarak aşırı faydalanabilir. İş ilişkisinde sözleşme özgürlüğü amacına uygun olarak işlememektedir. Bunun nedeni ise; işçinin iş sözleşmesinin kurulmasında ve iş ilişkisinin devamında işverene tabi olmasıdır. İşçinin menfaatlerinin korunması için tek taraflı kayıtların hâkimin müdahalesi ile içerik ve hakkaniyet denetimi ile giderilmesi ve sözleşme adaletinin sağlanması gereklidir. Hukukumuzda, bireysel iş sözleşmesinde işçinin içeriğine etki etmeden kabullendiği ve işçinin aleyhine olan sözleşme kayıtlarının denetlenmesi ve işçi aleyhine ise geçersizliğine karar verilmesi gerektiği savunulmaktadır. Tek yanlı cezai şart, bu konudaki en sık rastlanan örnektir²⁶⁵.

Ekonomik gücü elinde tutan işverenin eğitim giderleri yapması nedeniyle işçinin fesih hakkını sınırlaması her koşulda geçerli sayılamayacak ve belli geçerlilik şartları bu hükümlerde de aranacaktır. Eğitim giderlerinin geri ödenmesine ilişkin İş

²⁶⁵ ALP Mustafa, s.290-291.

Kanunu herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle sorunun İş Hukuku ve Borçlar Hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerekir. Kararlaştırılan cezai şartla işçinin fesih hakkı dolaylı olarak sınırlandırılmış olur. Yani işçi, cezai şartı ödemeyi göze alıyorsa sözleşmesini feshedebilecektir. Böylelikle cezai şart, işçinin işyerini serbestçe seçme hakkına müdahale niteliğinde olsa da, işçinin fesih hakkını tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Cezai şart, iş hukukunun genel prensiplerine göre değerlendirilirken özellikle işçiyi koruma ilkesi, eğitimle bağlanma süresinin katlanılabilir olması, işveren ve işçinin menfaatleri, eğitimle ödenecek miktarın orantılı olması gibi kıstaslar göz önünde tutulacaktır. Ayrıca sözleşmeler hukukundaki genel sınırlama olan Borçlar Kanunu madde 19, 20'ye tabi olacak ve şart hukuka, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmayacak ve konusu imkansız olmayacaktır. Eğer ki sözleşmedeki cezai şartta BK 19,20'ye aykırılık varsa bu durumda cezai şartın geçerliliğinden bahsedilemeyecek, cezai şart butlanla batıl olacaktır²⁶⁶.

2. Cezai Şartın İçerik Denetimi

Türk doktrininde ve Yargıtay uygulamalarında işçinin iş sözleşmesini bağlanma süresinden önce feshetmesi halinde sözleşmede cezai şart kararlaştırılmasının mümkün olduğu kabul edilmekle birlikte bu kayıtların mutlak anlamda geçerliliği kabul edilmemektedir. Cezai şartın hâkim tarafından denetiminde sözleşmeye yapılacak müdahalenin hukuki temelinde Alman Hukukunda oluşan içerik denetimi kavramı bulunur.

Alman hukukunda içerik denetimi haklılığı kabul edilmiştir. Sözleşme ilişkisi ile taraflar arasında irade özerkliğine dayanan bir düzen kurulmuştur. Bu düzenin hukuk düzeni tarafından meşrulaştırılması tarafların adalete dayalı ve doğru gördükleri bir düzeni kendi aralarında karşılıklı ödümlerle kurmuş bulunmaları

²⁶⁶ Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 27. maddesinde de bu husus aynı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiş ve II. fıkra da sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği; ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm>, Erişim Tarihi.23.04.2008.

düşüncesine dayanır. Sözleşme ile ulaşılan sonucun kendi içinde bir doğruluk güvencesi taşıdığı kabul edilir. Alman doktrininde bu görüşten hareketle doğruluk (yerindelik) güvencesi adı altında yeni bir kavram oluşturulmuş olup bu kavrama göre; öncelikle sözleşmenin taraflarının çatışan çıkarları arasında doğru ve adalet düşüncesi ile bağdaşan bir denge kurulmalıdır²⁶⁷. Ancak sözleşme ile taraflar arasında tam bir denge kurulması gerekmez. Âkidler arasındaki ekonomik dengesizlik ise sözleşme ilişkisinin irade özerkliğinin zedelenmesine yol açacak ve bununla birlikte doğruluk güvencesinin uygulanması imkânsızlaştıracaktır. İş sözleşmelerinde işçinin karar verme, sözleşmenin tarafını seçme, koşullarını belirleme ile ilgili irade özerkliği bir tabi olma eylemine dönüşmüştür. İrade özerkliği ve özgür pazarlık koşullarının tam olarak sağlanamadığı iş ilişkisinde sözleşmedeki kayıtların yargı denetimine tabi tutularak güvence altına alınmalıdır. İş hukukunda işçiyi koruma ilkesi de içerik denetimin haklı kılar. Sözleşme ilişkisi içinde doğruluk güvencesine sahip olmayan iş ilişkisi hâkim tarafından içerik denetimine tabi tutularak tarafların çıkarları arasında denklik sağlanmalıdır. Sonuç olarak cezai şart hükmü içeren iş sözleşmesinin hâkim tarafından denetlenmesinde içerik denetimi yapılarak geri ödeme miktarının indirilmesine ve fesih hakkının sınırlandırıldığı sürenin kısaltılmasına karar verilebileceği kabul edilmiştir²⁶⁸. Ancak, hâkimin sözleşmeyi düzeltme görevi geri ödeme miktarının indirilmesi ve fesih hakkının sınırlandırıldığı sürenin kısaltılması ile sınırlı olmayıp; işçinin cezai şart ile karşılaşmasına yol açan fesih nedenlerini de kontrol etmeyi kapsar²⁶⁹.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, konu ile ilgili örnekleyici bir kararında içerik denetimi ile birlikte hukukun genel nitelikli hükümlerinden temel haklara doğru bir yol açıldığı sonucuna varmış olup kararın gerekçesinde ise uygulamaya yol gösterici olmuştur. Karara göre; sözleşme özgürlüğünün ekonomik üstünlük nedeni ile tek taraflı kayıtlar getirilmek suretiyle kötüye kullanılması halinde bu tür düzenlemelerin özel hukuk alanında düzeltilmesi gerekli olup, irade özerkliğinin anayasal güvence altına alındığını ve yine anayasal bir ilke olan sosyal devlet ilkesine göre ise hâkimin, sözleşmenin pazarlık gücü eşit olmayan kişiler arasında yapılmış olan ve taraflardan birinin aşırı şekilde külfete sokulması durumunda, bu

²⁶⁷ SOYER, İş Koşulları, s.136-137.

²⁶⁸ SOYER, İş Koşulları, s. 140-143.

²⁶⁹ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 377.

sözleşme hükümlerini denetleme yükümlülüğü altında olduğuna hükmetmiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararının ardından Alman Federal İş Mahkemesi de bir kararında; içerik denetiminin meşru ve anayasal bir gereklilik olduğunu ve denetim yetkisinin temelinde dürüstlük kuralının yer aldığını kabul etmiştir. SOYER'e göre bu kararlar karşısında, sözleşme hükmünün meşruluğu sağlanacak ve tarafların menfaatleri arasında adil bir denge kurulmuş olacak ve böylelikle sözleşmede yer alan cezai şart kaydının geçerli olup olamayacağı hususunda şüphe olduğu takdirde menfaatler dengesi gereği tüm rizikoyu işveren üstlenmekle yükümlü olmayacaktır²⁷⁰.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve İş Mahkemesinin anılan kararlarından sonra Alman Hukukunda içerik denetimi sırasında dikkate alınması gereken hususlar; işverenin haklı menfaati, işçinin mesleki yararları, cezai şart kaydına uygun davranmasının işçiden beklenebilir olması olarak belirtilmiştir²⁷¹.

Çalışmamızın bu bölümünde iş sözleşmesinin içerik denetiminde dikkate alınması gereken; işverenin haklı menfaati, işçinin mesleki yararlar, cezai şart kaydına uygun davranmasının işçiden beklenebilir olması kavramlarını inceleyeceğiz ve uygulamadan örneklerle konuyu somutlaştıracamız.

a. İşverenin Haklı Menfaati

Bilgi çağına geçiş sürecinde mevcut teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmak istemeyen işverenler işyerinde nitelikli işgücü oluşturmak için işçilerine eğitim olanakları sunarken eğitimin yüklediği ekonomik külfete de katlanmaktadırlar. Bunun karşılığında ise oluşturduğu bu vasıflı kadroyu kendi işyerinde tutmak amacıyla işçilerle eğitimden sonra belli süre işyerinde çalışmalarını, belirlenen süreden önce işyerini terk etmeleri halinde ise cezai şart ödemekle yükümlü olacaklarını kararlaştırmaktadırlar. İşverenin insan kaynaklarına yaptığı bu yatırımın her halükarda teşebbüse yüklenmesi doğal karşılanamaz. İşverenin yaptığı harcamalar karşılığında işçi donanım kazanmış, iş piyasasında daha yüksek ücretle çalışabilecek hale gelmiş ve nitelikli bir işçi olarak eskiye nazaran daha kısa sürede iş bulma imkânına kavuşmuştur. Her ne kadar bu şekilde işçinin Anayasa madde

²⁷⁰ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s.372-373.

²⁷¹ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s.373.

48'den kaynaklanan çalışma yerini serbestçe seçme hakkı cezai şart ile kısıtlanmış olsa da, işverenin katlandığı maddi fedakârlıklar karşısında, kendi işyerini güvence altına almak istemesinde haklı menfaatinin olduğu yadsınamaz bir gerçektir²⁷².

b. İşçinin Elde Ettiği Menfaatler

Cezai şartın geçerliliği için verilen kurs veya eğitim ile işçi mevcut mesleki bilgi birikimine, tecrübelerine yenilerini katmış parayla ölçülebilen önemli bir mesleki yarar elde etmiş olmalıdır²⁷³. İşverenin menfaati ve işçinin mesleki yararlarının karşı karşıya geldiği bu durumda hangisine öncelik tanınacağına ilişkin kesin kurallar getirmek yerine durumu somut örneklerle çözüme kavuşturabiliriz.

Örneğin işçinin o meslek dalı için çok gerekli olan, ancak piyasada çok az insanın bildiği bir dil, işyerinin sağladığı mesleki dil eğitimi ile öğrenmesi halinde işçinin bu özelliklerle piyasada kolaylıkla ve yüksek ücretle iş bulacağı açıktır ve işçi süresinden önce feshe giderse işverenin cezai şartı talepte haklı menfaati vardır diyebiliriz.

Burada dikkat edilecek olan kriter, işçinin çalışmakta olduğu işyerinin dışındaki işyerlerinde kullanılabilecek bir eğitim almış olması yani eğitimin salt o işyerine özgü olmaması, mevcut bilgilerin tazelenmesine yönelik olmaması, iş sözleşmesinde asli edimin yerine getirilmesi için olmaması ya da yeni bir ürünün tanıtılması için verilmemiş olması hususudur. Belirtilen amaçlarla işçi eğitime tabi tutulmuşsa, burada işçinin mesleki yükselmesinden bahsedilemeyeceği gibi işverenin cezai şart talebi de kabul edilmemelidir²⁷⁴. Örneğin ülkede sadece tek bir işyerinde kullanılan bir makinenin kullanımına ilişkin olarak yurt dışında verilen eğitimle ülkeye dönen işçi, çalışmakta olduğu işyerinde nitelikli konuma gelmiş olsa da, makine başka bir işyerinde kullanılmadığı için bu eğitimin kendisine piyasada artı getirmesi zor bir olasılıktır. Ancak, bu durumda dahi yakın gelecekte aynı iş piyasasındaki çoğu işyerinde o makinenin kullanılacak olması ihtimali, işçiye ileriye

²⁷² **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s.370; “Gerçekten işveren büyük masraflar yaparak işçiyi yurt içinde veya yurt dışında eğitime ya da kursa tabi tutmuş, yani onu yetiştirmiş ise, işverenin belli bir süre işçiyi işyerinde çalışmaya mecbur tutması haklı görülmelidir.” Y. 9.HD, T.29.3.2000, E.2000/507, K.2000/4100, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2000, s.29.

²⁷³ **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s.373; **SÜZEK**, İş Hukuku, s.548; **SÜZEK**, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, s.92; **KARAGÖZ**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.228.

²⁷⁴ **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s.373-374; **KARAGÖZ**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.226.

yönelik iş imkânı sağlanmış olduğunu ve verilen eğitimin işçiyi geliştirme amacına hizmet etmiş olduğu söylenebilir.

İşçinin aldığı eğitimle iş piyasasındaki mesleki menfaatlerinin yükseldiğini ispat yükü işverene düşse de, herkesçe kabul edilebilecek bir yükselme şansının işveren tarafından ayrıca ispatlanması gerekli değildir²⁷⁵.

c. Cezai Şarta Uyması İşçiden Beklenebilir Olmalı

aa. Eğitimin Süresi

Sözleşmede kararlaştırılmış olan bağlanma süresinin işçiden beklenebilir olup olmadığının belirlenmesinde somut olayın tüm koşulları, dürüstlük kuralı eğitimin süresi, niteliği, kapsamı, masrafların miktarı, eğitimin işçiye sağladığı imkânlar gibi²⁷⁶ hususlarla birlikte değerlendirerek bir sonuca gidilecektir. Eğitim neticesinde, işçinin kazanacağı mesleki bilgi ve kabiliyetler arttıkça geri ödeme yükümlülüğü de işçiden daha çok beklenilebilir hale gelir²⁷⁷.

İşçinin fesih hakkını sınırlamak için çok yüksek meblağda bir cezai şart getirerek işçinin süreden önce sözleşmeyi feshini imkânsızlaştırması ise dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği gibi, bu şart Borçlar Kanunu madde 20'deki kişilik haklarına da aykırılık teşkil edecektir. Böyle bir durumda işçi feshe giderse, ödenecek tutarı Borçlar Kanunu'nun cezai şartın indirilmesine ilişkin madde 161/son hükmüne göre hakkaniyete uygun şekilde hâkim belirleyecek, bu belirlemeyi yaparken de bilirkişi görüşüne başvuracaktır.

Konuyla ilgili uygulamadaki örnekler ile belirlenen sürelerin katlanabilirliğinin nasıl saptanacağı ortaya koyulabilir. Örneğin Yargıtay bir kararında; işçi 1 aylık eğitimden sonra, 15 ay gibi uzun bir süre işyerinde çalıştığı için eğitim masrafına ilişkin isteğin reddine karar vermiştir²⁷⁸. *Çelik ise*, hizmet içi eğitim adı altında yurt içinde yaptırılan 5 günlük bir eğitim için, 2 yıllık çalışma yükümlülüğü ve buna bağlı bir tazminat hükmü getirilirse, bu hükmün tek yanlı bir cezai şart olarak görülmesi ve geçerli sayılmaması gerektiğini savunmuştur²⁷⁹. İşçiye makul süreden daha uzun bir süre işyerinde çalışma mecburiyeti getirilmesi

²⁷⁵ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 374.

²⁷⁶ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği s.375; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.227

²⁷⁷ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s.376.

²⁷⁸ Y.9.HD, 19.1.2000 T, E.1999/18161, K.2000/210, İşveren D., Şubat 2000, s.17.

²⁷⁹ ÇELİK, İş Hukuku, s.184; SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s.380; SÜZEK, İş Hukuku, s.547-548; ÖZDEMİR, s. 152.

durumunda bu kaydın tamamen hükümsüz olduğu söylenemez. Böyle bir durumda yapılması gerekenin bağlanma süresinin kısaltılması ve cezai şart miktarının da süreye uygun hale getirilmesinin olacağı savunulmuştur²⁸⁰. Kanımızca, belli süre işyerinde çalışma mecburiyeti getiren iş sözleşmesi hükümleriyle makul olmayan süreler getirilmiş olması halinde, cezai şarta ilişkin hükmü tamamen geçersiz saymak yerine belirlenen sürenin mahkemece denetiminde sürenin dürüstlük kuralına göre kısaltılmasına karar verilmesi menfaatler dengesine daha uygun düşer. Bu durumda şüphesiz işverenin yaptığı masraflar karşısında korunmaya değer bir menfaati vardır.

Alman hukukunda Alman Federal İş Mahkemesi, bu konuda genel bir kural getirilemeyeceğine karar vermiştir. Örneğin 2 yıldan fazla süre eğitime tabi tutulmuş ve bunun sonucunda işçi mesleki ilerleme ihtimalini açıkça yükseltmek suretiyle parayla ölçülebilir bir nitelik elde etmişse, bu durumda 5 yıla kadar bir çalışma mecburiyeti getirilebileceği kabul etmiştir. Buna karşın eğitim masrafları 18000 Mark tutan ve 3 ay süren eğitim sonunda 2 yıllık bir çalışma mecburiyetinin geçerli olmadığını belirtmiş ve bu sınırlandırmanın 1 yıl süreyle geçerli olabileceğine karar vermiştir²⁸¹.

bb. Bağlanma Süresi

Eğitim giderlerinin geçerliliği, işçinin bağlanma süresinin eğitim süresi ile orantılı olması, makul ve katlanılabilir olmasına bağlıdır²⁸². İşçinin belirlenen sürede iş sözleşmesini feshetmesi halinde, eğitim giderlerinin tamamından ya da bir kısmından sorumlu olacağı kararlaştırılabilir. Belirlenen bağlanma süresinin katlanılabilir ve makul olup olmadığı takdir edilirken işçiye verilen eğitimin niteliği, süresi, maliyeti gibi kıstaslar göz önünde tutulacaktır.

Zira böyle bir düzenlemenin işçinin fesih hakkını ölçüsüz biçimde sınırlandırdığı açıktır. Ancak cezai şarta bağlı olarak getirilen yükümlülük (mecburi hizmet) süresinin uzunluğu konusunda net bir ölçüt verebilmek kolay değildir. Bu husus her somut olayın özelliğine göre Mahkemece değerlendirilmelidir. Ancak konuya ışık tutmak amacıyla yabancı mahkeme kararlarından örnekler verilebilir.

²⁸⁰ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s.380; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.230.

²⁸¹ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.229.

²⁸² KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 226.

Nitekim, Alman Federal İş Mahkemesi, eğitimin iki aya kadar devam ettiği hallerde, fesih hakkının en çok bir yıl, 2-6 ay arası eğitim söz konusu ise, en çok iki yıl, 6-12 ay arası sürmesi durumunda en çok 3 yıl, 12 ay ve daha fazla süren bir eğitim söz konusu ise en çok 5 yıl süre ile sınırlandırılabilceğini kabul etmiş bulunmaktadır²⁸³. Ancak sadece verilen eğitim süresinin uzunluğu da yükümlülük süresinin uygun olup olmadığının tespitinde tek başına yeterli değildir. Mahkeme, verilen eğitim uzunluğu yanında eğitimin kapsamı ve maliyetini (özellikle pahalı bir eğitim olup olmaması) de birlikte dikkate alarak yükümlülük süresinin hukuka uygunluğunu denetlemelidir²⁸⁴.

cc. Eğitimin Niteliği

Katlanabilirliğin belirlenmesinde eğitimin niteliği ve eğitimin süresi de büyük rol oynar. Mahkeme cezai şartın içerik denetimini yaparken eğitimden gerçek anlamda kimin daha çok faydalandığını, eğitimin asıl borcun ifa edilmesi için gerekli olup olmadığını, işçinin eğitim sayesinde mesleki gelişim ve ilerleme şansının artıp artmadığını dikkate alması gerekir. Bu denetim ile işverenin işçiye sağlamış olduğu eğitim ile cezai şart arasında bir denge kurulabilecektir.²⁸⁵ Örneğin; uçuş eğitimi gibi kısa süreli bir eğitimin işçiye piyasada geniş mesleki imkânlar sağlaması ve bu eğitim için çok yüksek bir bedel ödenmiş olması durumunda eğitime tabi tutulan süre kısa dahi olsa, bağlanma süresinin kısa olması gerekmediği söylenebilir²⁸⁶.

Cezai şart, eğitim sırasında değil eğitim başlamadan önce kararlaştırılmalıdır. Her ne kadar iş sözleşmesinin devamı sırasında ya da iş sözleşmesinin kurulması sırasında ekonomik yönden işverene bağlı olan/olacak olan işçinin bu cezai şartta itiraz etmesi pek mümkün olmasa da işçinin eğitime tabi tutulacağını, bu eğitim sonunda belli bir süre o işyerinde çalışmak zorunda

²⁸³ **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s.375; **KARAGÖZ**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 203-204.

²⁸⁴ **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s.375.

²⁸⁵ **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s.373-374; **KARAGÖZ**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 193-195; **ÖZDEMİR**, s. 150.

²⁸⁶ “THY, ordudan ayrılan genç subayları Boeing Airbus uçakları için eğitime gönderiyor. Binlerce dolar masraf ediyor. Dönüşte de tek taraflı cezai şart koyuyor. 5 yıl çalışma mecburiyeti aksi halde şu miktarda cezai şart ödenecek şeklinde. Bunun rahatsız edici bir tarafının olmaması gerekir ve cezai şart eğitimin karşılığıysa tek taraflı cezai şart kabul edilebilir.” **ŞAHLANAN** Fevzi, 2001 Yılı Yargı kararları değerlendirmesi genel görüşme sf. 156,157. aynı yönde görüş “savaş uçağı pilotunun sivil yolcu uçağı kullanmak üzere eğitime tabi tutulması gibi kısa süreli bir eğitim de olsa verilen eğitimin pahalı olması durumunda eğitim giderleri talep edilebilir.” **KARAGÖZ**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.231.

kalacağını, süreden önce sözleşmeyi feshetmesi halinde aldığı eğitim için yapılan masrafları geri ödemekle yükümlü olacağını bilmesi doğru olacaktır.

İşveren tarafından eğitim gideri iddiası ile açılan tazminat davalarında elbette ki öncelikle ortada mevcut bir eğitim olmalıdır ve bu eğitim ile işçi kalifiye hale gelmiş olmalıdır. Örneğin; Yargıtay somut bir uyuşmazlıkta; *“Sözleşmede eğitim gideri karşılığı kararlaştırılan bir cezai şart olsa da eğitimin niteliği gereği yapılan masrafların talep edilemeyeceğini belirtmiştir. “Somut olayda davacı işçi hemşire olup 15.09.2000 tarihinde çalışmaya başladığı halde iş sözleşmesi 1.12.2003 tarihinde imzalanmıştır. İş ilişkisinin sonradan imzalanan sözleşme ile belirli süreli hale dönüşmesi için objektif nedenler bulunmadığı için sözleşme belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilemez ve sözleşmedeki cezai şarta hükmedilemez. Yine davacının çalıştığı konum itibarıyla işverenin ilişkide olduğu müşterileri tanınması ve görülmekte olan işin bütün ayrıntılarına ulaşma imkanı olmadığı gibi, işverene önemli bir zarar verme olanağı bulunmadığının açık olması nedeni ile sözleşmedeki rekabet yasağına dair cezai şartın da reddedilmesinin gerekir. Davacıya iş sözleşmesinin 8. maddesine dayalı verilen herhangi bir eğitim de bulunmadığı dikkate alınarak bu cezai şart talebinin de reddi gereklidir”* şeklindeki kararı ile sözleşmeye cezai şart ile ilgili hüküm koyulabilmesi için eğitim niteliğinin de önemli olduğuna işaret etmiştir. Somut uyuşmazlıkta davalı işveren tarafından eğitim masrafları olarak dosyaya katılımcı devam takip formları ibraz edilmiş olup Yargıtay salt bu formların yasanın aradığı alanlarda cezai şart kararlaştırılabilir nitelikte eğitim verildiğini kanıtlamaması nedeni ile cezai şart alacağını doğurmayacağına hükmetmiştir²⁸⁷.

İşveren tarafından eğitim masraflarına ilişkin faturalar ibraz edilse dahi işverenin öncelikle eğitim verdiğini kanıtlaması veyahut işçinin eğitim aldığını ikrarı gereklidir. Bir uyuşmazlıkta, işveren Mart 1999 tarihinde davalı işçiye eğitim verdiğini iddia etmiş, delil olarak da 15-16.4.1999 ve 20-21.10.1999 tarihli eğitimlere ilişkin gider belgelerine dayanmışsa da davalı ise çalıştığı süre boyunca hiçbir eğitim almadığını savunmuştur. Davalının iddia edilen eğitim programlarına

²⁸⁷ Y. 9.HD, T. 13.06.2008, E.2007/19368, K.2008/15558, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 02.01.2009.

katıldığına dair herhangi bir devam çizelgesi ya da katılım listesi sunulmadığını, masraf belgelerinde davalı işçinin adının geçmediği anlaşıldığından işçinin eğitimlere katılmış olduğu davacı tarafından açıkça kanıtlanamadığı için davalı işverenin cezai şart talebi kabul edilmemiştir²⁸⁸.

dd. Geri Ödenecek Miktar Ve İspatı

aaa. Genel Olarak

Taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ödenecek olan cezai şartı serbestçe kararlaştırabilirler. Cezai şartın özelliği gereği talep edilebilmesi için davacının zararı ve kusuru ispatı aranmaz. Ancak geri ödenmesi talep edilen ve götürü olarak kararlaştırılan eğitim giderlerinin işçi tarafından aşırı olduğunun ileri sürülmesi durumunda, yapılan masrafların tutarını ispat yükü işverene düşer²⁸⁹. Bu durumda hâkim, öncelikle cezai şartın gerçeğe uygun olup olmadığını inceleyecek ardından Borçlar Kanunu madde 161/son hükmüne göre indirim yapabilecektir. Burada Borçlar Kanunu'ndaki cezai şartın koşullarına ilişkin kuralın aksine uygulamada somut uyuşmazlıklarda Yargıtay'ın zarar hesaplamasına başvurduğunu ve işverenden bu konuda yaptığı masrafları belgelemesini beklediğini görmekteyiz. Böylelikle cezai şartın amacı, unsurları ve sonuçları farklılaştırılarak iş ilişkisinde uygulanmış olmaktadır. Ancak Borçlar hukuku kurumlarının iş hukukunda mutlak anlamda uygulanması değil, genel hukuk kurallarının iş hukukunun özel karakterine aykırı düşmediği ölçüde ve iş hukukunun toplumsal yönünün elverdiği ölçüde tamamlayıcı hukuk kuralı olarak esas alınması gerekir²⁹⁰.

Yargıtay 03.04.2002 tarihli bir kararında bu hususu şöyle belirtmiştir:
“Davalı işçiye eğitim verildiği için bir kısım masraflar yapıldığı anlaşılmaktadır.

²⁸⁸ Y.9.HD, T.22.11.2004, E.2004/10517, K.2004/25978, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 02.01.2009.

²⁸⁹ **KARAGÖZ**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.224; “Mahkemece işçinin eğitime tabi tutulup tutulmadığı araştırılmalı; eğitime tabi tutulmuşsa istek doğrultusunda karar verilmelidir.” Y. 9.HD, 29.03.2000 T, E.2000/507, K.2000/4100, **GÜNAY**, Şerh I, s.405; “Dosya içeriğine göre davalı işçiye eğitim verildiği anlaşılmaktadır. Davacı banka eğitim giderleri ile ilgili dosyaya bir kısım belgeler sunmuştur, mahkemece söz konusu belgelerin ispat için elverişli olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu konuda yapılacak iş uzman bilirkişi tarafından eğitim masrafları yönünden yaptırılacak inceleme sonucunda verilecek raporun mahkemece değerlendirmeye tabi tutularak karar verilmesinden ibarettir.” Y. 9.HD, 03.05.2000 T, E. 2000/2413, K.2000/6511, **GÜNAY**, Şerh I, s. 403.

²⁹⁰ **ESENER**, s.4; **ÇENBERCİ**, İş Kanunu Şerhi, s.43; **ÖZDEMİR**, s. 151.

Davacı banka bir kısım ödemelerin yapıldığını dava dilekçesinde açıkça belirtmişse de bunların dayanağı belgeler mahkemeye sunulmamıştır. Eğitimle ilgili belgelerin banka tarafından ibrazından sonra bunlar incelenerek gerektiğinde uzman bilirkişi marifetiyle rapor alınmak suretiyle masraf miktarı açıkça ortaya çıkarılmalıdır”²⁹¹.

Yargıtay istikrar kazanmış kararlarında eğitim masraflarının belirlenmesine ilişkin davalarda, masrafların gerçeğe en yakın şekilde belirlenebilmesi için bilirkişi incelemesine başvurulmasını ve mahkemece bu raporun değerlendirilerek bir karara varılmasını aramaktadır²⁹².

İşçi, çalışma mecburiyeti getirilen süreden önce iş sözleşmesini İş Kanunu madde 24/II’deki sebepler dışında feshederse eğitim giderlerini tamamen ödemek zorundadır. Ancak, işçi eğitimden sonra belli bir süre işyerinde çalışmaya devam ettikten sonra sözleşmeyi feshetmişse işçinin sorumlu olacağı miktar çalışılan ve çalışılmayan sürenin oranlanması suretiyle belirlenecektir. Yargıtay’ın istikrar kazanmış kararları da bu yöndedir²⁹³.

Eğitim masraflarının kapsamına dâhil edilecek olan kalemlere örnek olarak; eğitim kurumuna yapılan ödemeler, eğitimde kullanılacak malzemeler için yapılan

²⁹¹ Y. 9.HD, 03.04.2002 T, E. 2001/19821, K. 2002/5788, www.themis.com.tr, Erişim Tarihi. 04.12.2006.

²⁹² “Mahkemece, konuya ilişkin tüm kayıt ve bilgiler toplandıktan sonra, ödemenin yapıldığı dönemde geçerli mevzuat uyarınca, davacı kuruluş tarafından verilen eğitim karşılığı yapılan ödemelerin, sağlanan eğitim hizmetine oranla gerçeğe uygun olup olmadığını belirlemek amacıyla, konuda uzman bilirkişi veya kurulundan, gerekli karşılaştırma ve hesaplamaları içerir şekilde irdeleyen rapor alınması ve anılan raporun dosya kapsamındaki kanıtlar ışığında değerlendirilmesiyle sonuca varılması gereği üzerinde durulmaksızın, eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Y.10.HD., T.27.02.2007, E.2007/1352, K.2007/2668, YKD Eylül 2007, s. ; “Sözleşmede eğitim süresi bitiminden itibaren üç yıl içinde işçinin istifası nedeniyle cezai şart olarak ödeyeceği öngörülmüştür. Bu durumda banka dışı eğitimlere ve eğitim şirketlerine ödenen ücretlerin miktarı bilirkişi marifeti ile araştırılıp belirlenmeli ve bk. 161/son maddesine göre bir değerlendirme yapılarak hüküm kurulmalıdır.” Y. 9.HD, T.19.9.2001, E.2001/10098, K.2001/14113, [http://www.turkhukuksitesi.com.tr /show.php](http://www.turkhukuksitesi.com.tr/show.php), Erişim Tarihi.21.12.2007.

²⁹³ “Davacı 5 yıllık belirli süreli hizmet akdine göre sürenin yarısından fazla çalıştıktan sonra sözleşmeyi feshetmiştir. 5.000.000TL’lik cezai şartın 2.300.000TL’ye indirilmesi eksik olup daha fazla bir indirimle gidilmeliydi.” Y. 9.HD, 17.01.1991 T, E.1991/957, K.1991/852, GÜNAY, İş Hukuku, s.484.; Y.9.HD, T.05.04.2005, E.2004/17787, K.2005/12135, GÜNAY, İş Hukuku, s.485; Y. 9.HD, 13.5.1998 T, E.1998/7401, K.1998/8798, GÜNAY, Şerh I, s. 431; Y. 9.HD, 24.06.1997 T, E.1997/9135, K.1997/12742, GÜNAY, Şerh I, s.437; Y. 9.HD, 05.12.1995 T, E.1995/20837, K.1995/35105, GÜNAY, Şerh I, s.446; Y. 9.HD,17.11.1999 T, E.1999/14669, K.1999/17566, GÜNAY, Şerh I, s.417.

masraflar, ulaşım masrafları, sağlanan ek mali destek, konaklama giderleri gibi giderler verilebilir²⁹⁴.

Bununla birlikte verilen eğitimin karşılığında yükümlenilen çalışma süresinin de eğitimin türü ve masrafları ile uyumlu olması gerekir. İşçiye 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 78.ve devamı maddeleri hükümlerine göre iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında verilmesi gereken eğitimlere ait giderlerin işçiden talebi mümkün görülmemelidir²⁹⁵.

Konuya ilişkin bir yerel mahkeme kararında, işverenin eğitim verdiği ayın ücretini ödemediği ve eğitim süresince yemek ve konaklama giderlerinin banka tarafından karşılanmasının olağan olduğu bu nedenle davacı bankanın söz konusu masraflarını isteyemeyeceğine karar verilmiş ancak Yargıtay, davacı işçinin bu dönemde ücretinin ödenmediğine ilişkin bir savunmada bulunmadığı ve kendisine yapılan eğitim masraflarının tümünden işçinin sorumlu olacağını belirterek kararı bozmuştur²⁹⁶.

İşçinin her tür eğitim ile birlikte daha kalifiye hale geleceği, daha kolay iş bulacağı, kendi mesleki birikimlerini artıracığının söylenmesi mümkün değildir. Örneğin; kimi zaman kanun koyucunun emredici düzenlemeleri nedeniyle işçilerin eğitime tabi tutulması söz konusu olmaktadır. Bu tür yasaların uygulanma döneminde işveren zorunlu olarak işçiye bu eğitimi vermekte, çoğu zaman bu işçi için de mesleki birikim kazandırmamaktadır. Öyleyse bu tür giderlerden işçiyi sorumlu tutmak tarafların karşılıklı menfaatlerini dengelerinin olmaması nedeniyle uygun olmayacak, bu giderler işveren tarafından karşılanacaktır²⁹⁷.

²⁹⁴ “Davalı işveren eğitim süresince eğitim verilen şahıslarla ilgili otel giderlerini gösteren fatura ibraz etmiştir. Bu faturadan davacıya düşen pay belirlenerek bir değerlendirme yapılmalıdır.” Y. 9.HD, 13.05.1998 T, E.1998/7401, K.1998/8798, **GÜNAY**, Şerh I, s.431; **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s. s.376.

²⁹⁵ Y. 9.HD, T.12.05.2008, E.2007/18761, K.2008/12196, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 10.01.2009.

²⁹⁶ Y. 9.HD, T.03.05.2000, E.2000/2413, K.2000/6511, **GÜNAY**, Şerh I.Cilt, s.403.

²⁹⁷ Uyuşmazlık, işçiye verilen eğitim giderlerinin ödetilmesi isteğine ilişkindir. İşçiye işverence verilen eğitim, işçinin işyerinde mal ve hizmet üretimine katkı sağlaması sebebiyle işveren yararına olmakla birlikte, bu. Eğitim sayesinde işçi daha nitelikli hale gelmekte ve ileride daha kolay iş bulabilmektedir. Bu nedenle işçiye masrafları işverence karşılanmak üzere verilen eğitim karşılığında, işçinin belli bir süre çalışmasının kararlaştırılması mümkündür. İşçinin de verilen eğitim karşılığında işverene belli bir süre iş görmesi işverene olan sadakat borcu kapsamında değerlendirilmelidir. Verilen eğitimin karşılığında yükümlenilen çalışma süresinin de eğitimin türü ve masrafları ile orantılı olması gerekir. Buna karşın, işçiye 4857 sayılı İş Kanunu'nun 78. ve devamı maddeleri hükümlerine göre iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında verilmesi gereken zorunlu eğitimlere ait giderler

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi konu ilişkin açıklayıcı bir kararında; “*Davacının davalıya ait işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalıştığı sırada yeni yasanın düzenlemesi gereği olarak davacının eğitime tabi tutulduğu, bu eğitim sırasında ödenen eğitim ücretinin işveren mi, yoksa işçi tarafından karşılanması gerektiği hususunda taraflar arasında ihtilaf doğduğu, işverenin davacı işçiden eğitim giderlerini ücretinden kesilmesi hususunda yazılı muvafakat aldığı ve aylık ücretinden bir kısım kurs ücretlerini kestiği, bilahare işçinin kalan kurs ücretleri kesilmesine muvafakat etmediği ve kesileni de iadesini istediği, işverenin ise bunun üzerine işverenin avans belgesi imzalatmak istediği, işçinin ise imzalamadığı, bu çekişme sonucu işverenin davacının görev yerinin Turkcell Plaza'dan Maltepe'de bulunan Elmek'e değiştirdiği, önceki işyerinde üç vardiya çalışıldığı halde yeni işyerinde 12 saat çalışıldığı, bu sebeplerle davacının yeni işyerine gitmeyerek hizmet akdinin fîlen fesih ettiği anlaşılmaktadır. Öncelikle eğitim giderinin hangi tarafça karşılanması konusunun saptanması gerekir. Yasada bu konuda bir düzenleme mevcut değildir. İşyerinde çalışır iken eğitime tabi tutulan personelin zorunlu eğitim giderlerinin işveren tarafından karşılanması çalışma yaşamının genel kuralıdır. Bu nedenle işverenin zorunlu eğitim giderini davacı ücretinden kesmek istemesi, buna rıza göstermeyen ve bu konuda işverenin düzenlediği belgeleri imzalayan işçinin işveren tarafından bu sebeplerle işyerini değiştirilmesi kötü niyetli bir davranıştır” şeklinde karar vererek bu konuda işçiyi korumuş ve kanımızca yerinde bir sonuca ulaşmıştır²⁹⁸.*

bbb. İşçinin eğitim süresinde aldığı ücret

İşçinin iş sözleşmesini bağlanma süresinden önce feshetmesi halinde eğitim süresince işçiye ödenen ücretlerin geri ödeme kayıtları arasında yer alıp almayacağı tartışmalı bir konudur. Ücret edimi, iş ilişkisinde işverene düşen temel edim olup işçi yönünden iş ilişkisinin temel amacını oluşturur. Eğitim programları çoğu zaman işverenlerin kendi belirlemeleri ile oluşturdukları ve işçilerin uymak zorunda kaldıkları çalışma döneminden ibarettir.

istenemez. Y.9HD, T. 6.10.2008, E. 2007/27539, K. 2008/25447, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 10.01.2009.

²⁹⁸ Y.9HD, T.26.12.2007, E. 2007/1129, K.2007/39176, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.01.2009.

GÜNAY, eğitim sırasında işçiye ödenen ücretlerin geri ödeme kayıtları arasında yer almaması gerektiğini ve eğitim giderlerinin kapsamına işçinin ücretinin dâhil edilemeyeceğini belirtmiştir. Yazara göre; işveren işçiyi daha kalifiye hale getirmek amacıyla eğitime tabi tutmuş olup bu dönemde işçiye ödenen ücret ise eğitime katılmanın karşılığıdır ve bu nedenle geri istenemez²⁹⁹.

Ancak doktrinde ve bazı Yargıtay kararlarında eğitim sırasında işçinin çalışmasına devam edip etmemesine göre bir ayırımı gidilerek değerlendirme yapıldığı da görülmektedir. SOYER'e göre; eğitim, çalışma saatleri içinde gerçekleştirilmişse, işverenin işçiye çalışma karşılığı olmaksızın ödediği ücretler geri ödeme kayıtları içinde yer alabilir³⁰⁰. İşçi eğitim sırasında aynı zamanda çalışmaya devam etmekte ise işçiye ödenen ücretlerin geri ödeme kayıtları içinde yer almaması gerektiği savunulmaktadır. Bu durumda, işçinin çalışmadan eğitimde geçirdiği süreler hesaplanarak, bu süreler ait ücretler geri ödeme kapsamına dâhil edilecektir³⁰¹.

Alman Federal İş Mahkemesi de örnek bir kararında bu konuya değinmiş olup Federal Mahkemeye göre bu sürede ödenen ücret ile iade yükümlülüğü arasında sıkı bir ilişki vardır. Eğitim, ücrete hak kazandıran hizmet ediminin kapsamı içinde düşünülemez. Geri ödeme yükümlülüğü, eğitim sırasında işin görülmemesine rağmen ücretin ödenmesine devam edeceğinin kararlaştırılmış olması nedeni ile getirilmektedir. Bu nedenle eğitim sırasında bir iş karşılığı olmaksızın ödenen ücret ve ekleri cezai şart alacağı adı altında talep edilebilir³⁰².

Yargıtay'ın son yıllardaki yerleşik uygulaması eğitim süresinde ödenen ücretin eğitim gideri adı altında talep edilemeyeceği yönündedir. Konuya ilişkin somut bir uyuşmazlıkta; işveren, işçinin iş sözleşmesini devamsızlık sebebiyle haklı olarak feshetmiş ve eğitim giderleri karşılığı olan cezai şartın ödenmesi için dava

²⁹⁹ GÜNAY Cevdet İlhan, Ferdi İş İlişkisinin Sona ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1999, İstanbul 2001, s.150-151; Aynı yönde ÖZDEMİR, s. 149.

³⁰⁰ SOYER, Karar İncelemesi, s.31; SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 376, dn.76; Aynı yönde; EKMEKÇİ, Değerlendirilme Semineri 1999, 66-67; ALPAGUT, Değerlendirme Semineri 2001, s.117; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s., 193.

³⁰¹ "İşçinin 112 gün boyunca yarım gün kursa gittiği tespit olunduktan sonra, bu süreye ilişkin (112 günlük) ücreti belirlenmiş, daha sonra kursun yarım gün olması sebebi ile hesaplanan tutar ikiye bölünerek işçinin çalışma karşılığı olmaksızın aldığı ücretler saptanmıştır. Saptanan bu tutarlar da kurs ücretlerine eklenerek işverenin yaptığı masraflar belirlenmiştir." Y. 9.HD,T.16.12.2002, E.2002/9301, K.2002/23749, ÖZDEMİR, s. 149, dn.30.

³⁰² SOYER, Karar İncelemesi, s.31.

açmıştır. Yargıtay 9 Hukuk Dairesi ise; “*Dairemizin yerleşik uygulamasına göre; eğitim süresince işçiye ödenen ücretlerin geri alınmasının mümkün değildir. Sözleşmenin kalan süresine ait ücretin işverene ödenmesini öngören cezai şart kuralı işçi aleyhine olup tek taraflıdır. Eğitim süresinde işçiye ödenen ücretler ile ilgili cezai şart talepleri kabul edilemez. Ancak işveren eğitim giderlerini ispatlarsa işçinin çalıştığı ve çalışması gereken süre oranlanarak eğitim giderlerine hükmedilebilir*” şeklindeki kararı ile ücretin geri istenemeyeceğini kararlaştırmıştır³⁰³.

Kanımızca; eğitim süresince işçiye ödenen ücret, eğitim masrafı kapsamına dâhil edilemeyeceği gibi, iş sözleşmesinde bu dönemdeki ücretin geri ödeneceği kararlaştırılsa dahi bu kayda geçerlilik tanınmamalıdır. İşverenin ücret ödeme borcu iş sözleşmesindeki asli borcudur, bu borç eğitim nedeni ile yapılan bir masraf olmayıp böyle bir eğitim verilme dahi işveren tarafından yerine getirilecek bir borç niteliğindedir ve bu nedenle talep edilemez.

ccc. Yeni İşverenin Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şarttan Sorumluluğu

İşçi, iş sözleşmesini süresinden önce ve yahut fesih bildirim sürelerine uymaksızın feshedip yeni bir işverenin işyerinde çalışmaya başlarsa işverenin zararından sorumlu olacaktır. Ancak böyle bir durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 23. maddesindeki yeni işverenin sorumluluğu hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusu da araştırılmalıdır. Mecburi hizmet süresinin bitiminden

³⁰³ Y.9HD, T. 25.09.2007, E. 2007/20016, K. 2007/28104, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; Aynı yönde “Eğitim süresince banka tarafından işçiye ödenen ücretlerin cezai şart kapsamında geri istenmesi olanağı bulunmadığından bu talebin reddine dair karar doğrudur.” Y. 9. HD, T. 19.9.2001, E. 2001/10098, K.2001/14113, <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=7232>, 17.12.2007; “Eğitim için de olsa, işverenin emir ve talimatlarına uygun davranan işçiye ödenen ücretin geri alınması söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle ücretin iadesine ilişkin talebin reddi yerine kabulü hatalıdır.” Y.9.HD, T. 07.02.2007, E.2006/18349, K.2007/2514, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; “Kural olarak eğitimde davalı işçinin çalıştığı varsayılarak o dönem ile ilgili ödenen ücretler geri istenemez”. Y. 9.HD, T.13.10.2003, E.2003/3842, K.2003/16903, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası,(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.01.2009; “Mahkemece eğitim süresince ödenen ücretler tutarındaki cezai şartın tek taraflı olduğu gerekçesiyle reddine karar verilmesi doğrudur”. Y.9.HD, T.04.07.2000, E.2000/7936, K.2000/10238, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası; Y.9.HD, T. 25.09.2007, E.2007/20016, K.2007/28104, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.01.2009; “Davacının eğitim süresince işverene bağımlı çalışması, hizmet akdi olgusunu öne çıkarır. Eğitim için de olsa, işverenin emir ve talimatlarına uygun davranan işçiye ödenen ücretin geri alınması söz konusu olamaz. Bu nedenle ücretin iadesine ilişkin talebin reddi yerine kabulü hatalıdır”. Y. 9.HD, T.07.02.2007, E.2006/18349, K.2007/2514; “İşçi, işveren tarafından başka bir yere gönderilir veya başka şekilde meşgul edilirse bu süreler iş süresinden sayılır. İş sözleşmesinde işçiye eğitim sırasında çalışmadığı halde ödenen ücretinin geri ödeneceğine ilişkin açık bir hüküm bulunsada işçiye ödenen ücret iade edilemez”. Y. 9.HD, T.16.04.2001, E.2001/1800, K.2001/6392, **AKYİĞİT**, s.939-940.

önce sözleşmenin işçi tarafından feshi halinde miktardan sorumlu olan işçi olacaksa da, eğer işçinin bu davranışına yeni işveren sebep olmuş ya da işçinin bu davranışını bilerek işçiyi işe almışsa ya da işçinin bu davranışını öğrendikten sonra da o işçiyi çalıştırmaya devam etmişse İş Kanunu'nun 23. maddesi gereği yeni işveren eski işverenin zararından sorumlu olacaktır. Kanun koyucunun buradaki amacı iş hayatında düzenli işleyişinin sağlanması ve haksız rekabetin önlenmesidir. Aksi halde büyük masraflar yaparak işçisini kalifiye hale getirmiş olan eski işveren bu işçisinden yararlanamayacak buna karşın kalifiye işverenle anlaşarak onu işe alan yeni işveren kazançlı konuma gelmiş olacaktır. Eski işverenin yeni işvereni sorumlu tutabilmesi için, tazminat hukuku ilkelerine göre zararını ispatlaması gerekir. Eski işverenin iddiası eğitimli işçisinin yeni işverenle birlikte çalıştığı iddiasıysa burada işverene düşen ispat yükü; yaptığı eğitim masraflarını kanıtlamasından ibarettir. İşçi iş sözleşmesini kötü niyetli olarak eski işvereni zarara uğratabilecek şekilde feshe gitmişse yeni işverenle birlikte sorumlu olacaktır³⁰⁴. Eski işveren bu davayı dilerse sadece işçiye ya da yeni işverene açabileceği gibi dilerse her ikisine birden de açabilecektir³⁰⁵. Eski işverenin tazminat alacağı, Borçlar Kanunu'nun 125. maddesine göre 10 yıllık zamanaşımına tabidir³⁰⁶.

Yargıtay benzer konuya ilişkin bir davada; *“Davalı işçinin yeni işvereni davalı şirketin sorumluluğu akdin feshi tarihinde yürürlükte bulunan 1475 sayılı yasanın 15.maddesine göre belirlenmesi gerekir. Davalı şirketin sorumlu tutulabilmesi için işçinin iş sözleşmesini feshinden eski işvereni davacının zararının doğması gereklidir. Davacı işveren böyle bir zararın varlığını kanıtlayamadığı için bu nedenle eğitim giderlerinden davalı işvereninde sorumlu tutulması yerinde*

³⁰⁴ Y. 9.HD, T.14.07.1969, E.1969/4903, K.1969/8082, GÜNAY, İş Hukuku, s.486.

³⁰⁵ “Davacı bankanın iş sözleşmesinin 6. maddesine dayanarak 2yıllık süre dolmadan işten ayrılan davalı işçi ile yeni işveren banka aleyhine açtığı bu davada, eğitim giderlerinin dayanağı belgeler mahkemeye sunulduktan sonra bilirkişi incelemesi yaptırılarak davalı işçinin sorumluluğu belirlenmeli, ayrıca davalı banka yönünden de 1475 sayılı İş Kanunu'nun 15. maddesi çerçevesinde inceleme yapılarak sorumluluğu olup olmadığı tespit edilmelidir”. Y. 9.HD, T.3.4.2002, E.2001/19821, K.2002/5788, www.themis.com, Alınma tarihi:04.11.2006; “Çalıştığı bankadan istifa eden ve ayrıldıktan sonra yeni bir bankaya giren işçiyle yeni işverenin ihbar tazminatından müşterek ve müteselsilen sorumlu tutulabilmesi için eski işverenin zarara uğraması gerekir” Y. 9HD, T. 09.03.1998, E.199899, K.1998/3593, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.01.2009.

³⁰⁶ GÜNAY, s.485.

olmamıştır”³⁰⁷ şeklinde karar vererek 1475 sayılı Kanun döneminde feshedilen iş sözleşmesinde yeni işverenin sorumlu olması için zararın kanıtlanması gerekçesi ile cezai şart alacağını reddetmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun yeni işverenin sorumluluğunu düzenleyen 23. maddesi ise şöyledir:“ Süresi belirli olan veya olmayan sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işveren de işçinin bu davranışına, yeni işe girdiği işveren sebep olmuşsa, yeni işveren, işçinin bu davranışını bilerek onu işe almışsa, yeni işveren işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam ederse sorumlu olacaktır.

O halde 1457 sayılı İş Kanunu’na göre yeni işverenin sorumluluğu için eski işverenin zarara uğraması şartı aranırken, 4857 sayılı İş Kanunu’na göre ise; bu şart yasa metninden çıkarılmıştır³⁰⁸. Öyleyse kanun koyucunun buradaki amacının zarar şartına bakılmaksızın yeni işverenin işçinin işten ayrılmasına sebep olması, bu davranışını bilerek onu işe alması veyahut işçinin bu davranışından haberdar olup onu çalıştırılmaya devam etmesi halinde sorumluluğunun doğacağını yasalaştırmak olmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde, yeni işverenin de işçi ile birlikte cezai şart tan sorumlu olması için yeni işverenin işçinin işten ayrılmasına sebep olması, bu davranışını bilerek onu işe alması veyahut işçinin bu davranışından haberdar olup onu çalıştırmaya devam etmesi gerekecektir.

ddd. Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şartın İndirilmesi

Her somut olayın özelliği dikkate alınarak Borçlar Kanunu 161/son maddesine göre cezai şarttan indirim yapılmaktadır. Öncelikle eğitim giderleri karşılığı cezai şart miktarı çalışılan ve çalışılması gereken süreye göre indirime tabi tutulmalıdır. Bu tür bir indirim yapılması için cezai şartın fahiş olması gerekmez³⁰⁹. Çalışılan ve çalışılmayan sürelerle göre indirim yapıldıktan sonra cezai şart fahiş ise

³⁰⁷ Y.9HD, T. 23.6.2005, E. 2004/31385, K. 2005/22687, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 07.08.2008.

³⁰⁸ “Mahkemece tazminata hükmedilebilmesi, herşeyden önce eski işverence zararın usulüne uygun olarak iddia edilmesine ve bu iddianın kanıtlanmasına bağlıdır.” YHGK, T. 10.7.1963, E.1963/4-2010, K.1963/7423, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.01.2009.

³⁰⁹ EKMEKÇİ, Değerlendirme Semineri 1999, s. 67.

Borçlar Kanunu'nun madde 161/son hükmüne göre indirim yapılabilir. SOYER, işçinin ödeyeceği cezai şartta objektif bir sınır getirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre; işçi, sözleşme işveren tarafından feshedilseydi kendisine ödenecek miktar ne olacak idiye en çok o miktarda bir cezai şartı ödemekle yükümlü tutulabilir³¹⁰. Uygulamada cezai şartın fahiş olup olmadığı değerlendirilmeksizin her uyuşmazlıkta cezai şartın Borçlar Kanunu madde 161/son hükmüne göre indirilmesi yoluna başvurulmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesinde hâkimin fahiş gördüğü cezai şartı tenkisle mükellef olduğu düzenlenmiştir³¹¹. Çalışmamızın önceki bölümlerinde incelendiği üzere Yargıtay, Kanunun bu hükmünü emredici nitelikte kabul etmekte ve hâkimin her uyuşmazlıkta fahiş miktardaki cezai şartı re'sen indirerek hakkaniyete uygun bir hüküm kurması gereğine değinmektedir³¹².

eee. Faiz

Faiz, alacaklının alacaklı olduğu bir miktar parayı kullanmaktan belli süre mahrum kalması sebebiyle kendisine ödenen paradır. Hukuki niteliği yönünden faiz asıl alacağa bağlı ferî bir alacaktır. Faiz borcunun varlığı asıl alacağın varlığına bağlıdır. Asıl alacak sona ererse faiz de sona erer (BK m.113/1). Alacaklı asıl alacak sona erince işlemiş faiz alacaklarını talep edebilmek için, bu hakkını saklı tutmalıdır ya da durumun özelliğinden bu husus anlaşılabilir³¹³.

Bununla birlikte faiz, asıl alacağın bir parçası olmayıp ona bağlı bir yan edimdir. Muaccel olmuş bir faiz alacağı hukuken asıl alacaktan bağımsız bir nitelik taşır ve bunun sonucu olarak da asıl alacaktan ayrı olarak talep, dava veya takip konusu edilebilir³¹⁴.

Faiz borcu hukuki işlemde veya kanundan doğabilir. Taraflar yaptıkları iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde alacaklarının zamanında ödenmemesi durumunda faiz ödeneceğini kararlaştırabilirler. Borçlar Kanunu'nun 103.maddesinde de para alacaklarında mütemerrit olan borçlunun geçmiş günler için faiz ödeyeceği düzenlenmiştir.

³¹⁰ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 367.

³¹¹ Konu s.22 vd'da incelenmiştir.

³¹² ARICI, Cezai Şart, s.40

³¹³ EREN, s.939.

³¹⁴ EREN, s.940.

Davacı asıl alacak ile birlikte faiz talep etmişse; faizin başlangıç tarihinin hesabında davacının talebi dikkate alınacaktır. Davacı, faizin başlangıç tarihini belirtmemişse faiz dava tarihinden itibaren yürütülecektir. Ancak; kural olarak, faiz alacağı doğduğu andan itibaren talep edilebilir. Örneğin; işverenin, davalı işçiye ihtarname göndererek 7 gün içinde eğitim giderlerine ilişkin taahhütnameden doğan borçların ödenmesini talep ettiği bir uyuşmazlıkta, faiz temerrüt tarihinden itibaren işletilerek hesaplanacaktır³¹⁵.

Cezai şartın zamanında ödenmemesi halinde faiz ödenmesinin kararlaştırılması da mümkündür. Uygulamada faizle ilgili dikkat edilmesi gereken husus ise; faizin başlangıç tarihinin ne olacağı ve oranın belirlenmemesi halinde nasıl belirleneceğidir.

Faizin başlangıcında öncelikle dikkate alınacak olan husus; tarafların talebidir. Davacı dava tarihinden itibaren faiz talep etmişse ve yahut faizin hangi tarihten yürütülmesini belirtmemişse bu durumda davanın kabulü halinde faiz dava tarihinde itibaren işletilecektir. Ancak, davacı faizin temerrüt tarihinden itibaren işletilmesini talep etmişse bu durumda borçlunun temerrüde düşürülüp düşürülmediği somut delillerle tespit edilecek ve temerrüt durumu var ise faiz temerrüt tarihinden itibaren yürütülecektir. Taraflar arasındaki cezai şart sözleşmesinde de faizin hangi tarihten başlayacağı kararlaştırılabilir. Örneğin; somut uyuşmazlıkta taraflar arasında düzenlenen ferdi hizmet sözleşmesinin 13. maddesinde koşulları olduğu takdirde cezai şartın üç gün içinde ödenmesi gerektiği öngörülmüş olup Yüksek mahkeme sözleşmenin bu hükmü ve Borçlar Kanunu'nun 101/2. maddesi uyarınca cezai şart alacağı için dava tarihinden değil fesih tarihini takip eden üçüncü günün bitiminden itibaren faiz yürütülmesi gerektiğine dikkat çekmiştir³¹⁶.

³¹⁵ “Davacı davalıya 5.4.2001 tarihli ihtarname göndererek 7 gün içerisinde taahhütnameden doğan borçlarının ödenmesini istemiştir. Temerrüt ihtarnamesi değerlendirilmeden hüküm altına alınan eğitim giderlerine dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y. 9.HD, T. 17.10.2005, E. 2005/4660, K.2005/33478, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 05.01.2009; Aynı yönde “Davacı şirket davalıya 17.2.2005 tarihli bir ihtarname göndererek 7 gün içerisinde eğitim giderinin ödenmesini istemiştir. Davacı bu şekilde davalıyı temerrüde düşürdüğüne göre söz konusu ihtarname değerlendirilmeden hüküm altına alınan eğitim giderlerine dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi de hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”. Y.9.HD, T.12.05.2008, E.2007/18761, K.12196, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www. kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 07.01.2009.

³¹⁶Y.9.HD,T.22.05.2001,E.2001/6106,K.2001/8723,http://www.diaport.com.tr/PublicPages/DiaDetails.aspx?diaf Erişim tarihi: 08.01.2009.

Taraflar faiz oranını dürüstlük kuralına, ahlak ve iyiniyet kurallarına ve gabin hükümlerine aykırı olmamak şartıyla sözleşmede diledikleri gibi kararlaştırabilirler. Ancak kanun koyucu adı işlerde bileşik faizi yasaklamıştır. 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi'ne İlişkin Kanun'un 3. maddesine göre; kanuni faiz, temerrüt faizi hesaplanırken mürekkep faiz yürütülemeyeceği düzenlenmiştir.

Faiz oranı belirlenmemişse yasal faize hükmedilecektir³¹⁷. Yasal faizin ne olacağı, 3095 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Buna göre 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un kanuni faize ilişkin 1. maddesi 30.12.2005 tarih ve 26039 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 19.12.2005 tarih ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının ilgili hükmü gereğince değiştirilmiş ve "Borçlar Kanunu'nun ve Ticaret Kanunu'na göre faiz ödenmesi gereken durumlarda faiz miktarı sözleşme ile tespit edilmemiş ise faiz ödemesi yıllık yüzde dokuz oranı üzerinden yapılır" şeklinde değiştirilmiştir³¹⁸.

fff. Geri Ödenecek Miktarın İspatı

Taraflar eğitim gideri karşılığı olarak götürü bir meblağın ödeneceğini kararlaştırmış olsalar da sözleşmenin bağlanma süresinden önce feshi halinde, işverenin yaptığı eğitim harcamalarının üzerinde bir miktarı işçiden talep edebilmesi mümkün olmamalıdır. Aksine bir düşünce tazminat hukukunun genel ilkelerine aykırılık taşıyacağı gibi işverenin sebepsiz zenginleşmesine neden olabilecektir. Yargıtay'ın istikrar kazanan kararları ve öğretide de paylaşılmakta olan görüşler aynı yönde olup³¹⁹ kanımızca da isabet taşımaktadır. Gerçekten, bu gibi sözleşmelere mücerret olarak eğitim masrafı karşılığı şeklinde belirli bir meblağın konulması ve bu meblağın işçi tarafından kabul edilmiş olması yeterli değildir. İşveren ancak fiilen yaptığı masrafları isteyebilecektir. Bu konuda öğretide de ifade edildiği üzere³²⁰ burada cezai şart adı altında eğitim giderlerinin iade edilmesini sağlamak amacı

³¹⁷ "Hüküm altına alınan cezai şart alacağına yasal faiz uygulanması gerekirken kısa vadeli kredilere uygulanan en yüksek faizin yürütülmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."Y.9.HD, T.10.12.2001, E.2001/20077, K.2001/19156, <http://www.diaport.com.tr/PublicPages/DiaDetails.aspx?diaf>, Erişim tarihi:05.01.2009.

³¹⁸ Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi.05.01.2009.

³¹⁹ **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s.376; **EKMEKÇİ**, Değerlendirilmesi Semineri 1999, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 67; **ÖZDEMİR**, s. 148.

³²⁰ **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s.376.

izlendiği için, işveren en çok yaptığı masraflar kadar bir paranın ödenmesini talep edebilir.

İspat hususunda genel kural geçerli olacaktır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesine göre; 540 TL'yi geçen hukuki uyuşmazlıklara ilişkin iddialar ancak yazılı delille ispatlanabilir. Buna göre işveren eğitim giderlerini talep ettiği davada masraflar 540 TL'yi aşarsa bu iddiasını yazılı delille ispatlayacaktır³²¹.

Yargıtay konuya ilişkin benzer bir kararında şöyle bir hüküm kurmuştur; *“İşçiye verilen eğitim karşılığında işverence yapılan masraflar o işçiye özgü olmalı ve yazılı delille ispatlanmalıdır. İşverenin toplu olarak verdiği eğitimler sebebiyle yapmış olduğu giderlerin işçi başına düşen tutarı, aynı dönemde eğitim alan işçi sayısına bölünmek suretiyle belirlenir. İşçiye verilen eğitim ile ilgili olduğu belirlenmeyen giderlerden işçi sorumlu olmaz. Somut olayda, işverence işçiye verilen eğitime ilişkin bir takım belgeler sunulmuştur. Yapılacak iş, gerekli bilgilerin işverenden edinilmesiyle, açıklandığı şekilde işçiden talep edilebilecek eğitim giderlerinin hesaplanmasından ibarettir”*³²².

Benzer konudaki somut bir başka olayda; *davacı işveren tarafından eğitim giderlerine ilişkin olarak fatura ve belgeler dosyaya sunulmuştur. Davalı tarafından da söz konusu belgelere itiraz edilmemiş ilgili belgelere göre davalı payına düşen miktarlar belirtilmiş bilirkişi tarafından da söz konusu tutarlar esas alınmak suretiyle hesaplamalar yapılmıştır. Ancak raporda davacı tarafından sunulan masraf belgeleri ile eğitim giderleri arasında bağlantı kurulamadığı belirtilerek belgelere*

³²¹ “İşçiye verilen eğitimin karşılığında işverence yapılan masraflar o işçiye özgün olmalı ve yazılı delille ispatlanmalıdır. İşverenin toplu olarak verdiği eğitimler sebebiyle yapmış olduğu giderlerin işçi başına düşen tutarı, aynı dönemde eğitim alan işçi sayısına bölünmek suretiyle belirlenir. İşçiye verilen eğitim ile ilgili olduğu belirlenmeyen giderlerden işçi sorumlu olmaz”. Y. 9.HD, T.06.10.2008, E.2007/27538, K.2008/25469, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 09.01.2009.

³²² Y. 9HD, T. 26.10.2008, E.2007/27539, K.2008/25447, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; Aynı yönde “Davacı davalı işçiye eğitim verdiğini eğitim masrafları karşılığı 4 yıl çalışmayı taahhüt ettiğini ancak bu süre sona ermeden haklı bir neden bulunmadan davacı hizmet akdini feshettiğini iddia ederek eğitim gideri talebinde bulunmuştur. Mahkemece davacının masraflar konusunda iddiasına değer vererek hüküm kurulmuştur. Mahkemece davacı için yapılan eğitim masrafları sarf belgelerine göre saptanmalı davacının çalıştığı süre ve bakiye taahhüt süresi nazara alınarak belirlenecek miktarın davalı işçiden tahsiline karar verilmelidir.” Y.9HD, T. 23.6.2005, E. 2004/31385, K. 2005/22687, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.01.2009.

itibar edilememesine rağmen bu belgelerin değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkan davalı tespitleri hesaplama esas alınmıştır. Davacı işveren tarafından hesaplamalara somut itirazlar da bulunmuş ancak alınan ek raporla dahi itirazlar karşılanmamıştır. Örneğin davalının da kabulünde olan 21 Eylül–1 Ekim 2004 tarihleri arasında eğitim verilen Maslak Princess Otel'e ilişkin konaklama gideri günlük 26 USD eğitimin verildiği gün sayısı ile çarpılarak sonuca gidilmemiş olmasını hatalıdır” şeklindeki açıklayıcı kararında masrafların hesabında dikkat edilecek hususlara değinmiştir³²³. Burada, ispat hususunda davalı tarafın ikrarının ispat vasıtası olup zarar ispatında göz önünde tutulması gereğine dikkat çekmiştir.

İşçiye verilen eğitimin süresi hesaplanırken de iddiaların dayanağı olan deliller dikkatle incelenmelidir. Örneğin; somut uyuşmazlıkta dosyaya 12.2.2000 tarihli dilekçe ekinde davalıya verilen eğitim sürelerini gösteren aylık uçuş formları sunulmuş ve bu formlara göre toplam eğitim süresinin 46.10 saat olduğu kabul edilmiştir. Anılan Formlar üzerinde yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda ise eğitim süreleri toplamının 50.55 saat olduğu belirlendiği halde yerel mahkemece 29.10 saat eğitim verildiği kabul edilerek karar verilmiştir. Davalının eğitim giderleri bilirkişi incelemesine göre 50.55 saat olduğu somut olayda tespit edildiğinden Yüksek Mahkeme tarafından işverenin talebinin bilirkişi raporundaki gibi 50.55 saat üzerinden karara bağlanması gereğine dikkat çekilmiştir³²⁴.

Geri ödenecek miktarın kapsamı belirlenirken işverenin yabancı para ile ödeme iddiası var ise, yabancı para ile harcama yapmış olup olmadığı da araştırılmalıdır. Somut bir uyuşmazlıkta; davacı işveren şirket tarafından açılmış olan bir davada müşteri temsilcisi zorunlu hizmet sözleşmesi başlıklı sözleşmede öngörülen cezai şartın tahsili isteğinde bulunulmuş olup anılan maddenin b bendinde zorunlu hizmet bedeli bir yıl için 2000 Amerikan Doları olarak belirlenmiş ve 1 yıl dolmadan işçinin ayrılması halinde bu bedelin işverene ödenmesi gerektiği kurala bağlanmıştır. Yargıtay, davacı işçiden talep edilebilecek olan eğitim giderinin tutarı, işçiye verilen eğitim giderinin çalışılan çalışılmayan süreye göre indirilmesi suretiyle

³²³Y.9.HD, T.12.05.2008, E.2007/18761, K.12196, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.01.2009.

³²⁴Y.9.HD, T. 01.10.2002, E.2002/6278, K.2002/17728, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 10.01.2009.

belirlenecek olan miktar olduğunu ve davacı işçiye verilen eğitim masraflarının yabancı para cinsinden talep edilebilmesi için harcamaların yabancı para üzerinden yapıldığının da kanıtlanabilmiş olması gereğine değinmiştir³²⁵. İşverenin eğitim masraflarını dolar üzerinden yaptığını belgelendirdiği bir uyuşmazlıkta, eğitim masrafları talebin kabulü ile doların dava tarihindeki Merkez Bankası döviz kuru üzerinden Türk Parasına çevrilerek karar verilmesini ise doğru bulmuştur³²⁶.

ggg. Bilirkişi İncelemesi

Eğitim gideri karşılığı hükmedilen cezai şartın geçerliliğine karar verildikten sonra işçinin ödemekle yükümlü olacağı miktarın tespiti sorunu gündeme gelecektir. Burada işverenin amacı; cezai şart adı altında eğitim giderlerinin geri alınması sağlamak olduğu için ancak yaptığı masraflar kadar bir paranın ödenmesini işçiden talep edebilir. Taraflarca daha yüksek bir miktardan anlaşılması, işverenin bu miktarı isteyebilecek olması anlamına gelmez. Uyuşmazlık halinde çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bu durumda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 275. maddesine gereğince bilirkişi görüşüne başvurarak eğitim giderini hesaplayacak ve bu miktar üzerinden bir değerlendirme yapacaktır. Ancak taraflar yapılan masraflardan daha az bir miktarı cezai şart olarak kararlaştırmışlarsa işçi lehine yorum yapılacaktır ve en çok sözleşmede belirlenen bu miktara hükmedilebilecektir³²⁷.

Bilirkişiye yaptırılacak olan inceleme işçinin geri ödemesi gereken miktarın nelerden ibaret olacağı³²⁸ ve eğitim sonrası işçinin çalışması varsa çalışılan süreyle çalışılmayan sürenin oranlanması suretiyle yükümlüğünün net kapsamını belirlemekten ibarettir. Hâkim, bilirkişi raporunu yeterli görmezse bilirkişiden aydınlatılmamış olan hususlar için ek rapor olarak ya da bu raporla yetinmeyip başka bilirkişilerden görüş alarak sorun iyice aydınlandıktan sonra hükmünü bu görüşleri

³²⁵ Y.9HD, T. 14.06.2005, E.2004/26624, K.2005/21155, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 10.01.2009.

³²⁶ Y. 9.HD, T. 26.01.2000, E.2000/9-6, K.2000/13, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 10.01.2009.

³²⁷ **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s.376.

³²⁸ Eğitim süresince bir iş karşılığı olmaksızın ödenen ücret, sağlanan ek mali destek, eğitim kurumuna yapılan ödemeler, eğitim malzemesi sağlamak amacıyla yapılan harcamalar, yol paraları gibi giderler bu kapsama girer. **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s.376.

değerlendirerek kuracaktır³²⁹. Hâkim bu raporu değerlendirdikten sonra Borçlar Kanunu 161/son hükmünün uygulanması gerekip gerekmediğine de re'sen karar verecektir.

Bu konuda tartışılabilir olan husus, cezai şartın özelliği gereği zararın ve zarar miktarının ispatını gerektirmemesine rağmen bu tip iş davalarında işverenden yaptığı masrafları belgelemesinin istenmesidir. İş hukukunda cezai şart Borçlar Hukukundaki gibi yorumlanmamış olup, bu hususta ispat yönünden işverene külfetler getirmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, davacı için yapılan eğitim harcamaları ve diğer harcamaların mahkemece tespit edildiğini ve işverenin ancak varlığı ispatlanan harcama tutarlarını talep edebileceğini kabul etmiş, bu miktarı aşan kısma ilişkin talebin reddini yerinde bulmuştur. *“Somut olayda eğitim programı, eğitim karşılığı, eğitim için işten ayrı kalınan zamanları bilirkişi raporu ile ayrıntılı biçimde tespit edilmiş ve yerel mahkeme de bilirkişi raporunu yerinde bularak talebi kısmen hüküm altına almıştır. İşveren cezai şart alacağı olarak 11.906.078.004 TL talep etmiş, mahkeme ise sadece saptanan somut masraf karşılığı olarak 697.931.750.TL’ sının talep edilebilir”* şeklindeki kararı ile cezai şartı yapıldığı ispatlanan eğitim harcaması tutarına indirgemıştır³³⁰.

C. Cezai Şartı Ödeme Yükümlülüğün Gerçekleşme Anı

Sözleşmenin kim tarafından hangi sebeple sona erdirildiğinin belirlenmesi işverenin cezai şartı talep etme hakkının olup olmadığının tespiti yönünden önemlidir. Örneğin, eğitimin tamamlanmış olup olmaması, feshin işçinin kusurlu hareketinden kaynaklanması ya da işverenin haksız feshi durumlarında farklı farklı sonuçlara gitmek gerekecektir.

Hangi tür fesihlerde cezai şart ödenmesinin gerekeceği konusunda eğitim giderleri ile ilgili açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ancak doktrinde, rekabet

³²⁹Y.2HD, T.30.5.1989, E.1989/4901, K.1989/5270 YKD 1990/1,s.23; Aynı yönde Y.9HD, T.20.4.1971, E.1971/4801, K.1971/13267, **ÇENBERCİ**, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985, s.1054-1055; KURU’ya göre Yargıtay’ın uygulaması hâkimin takdir yetkisini ve hâkimlik yetkilerini önemli ölçüde kısıtlamakta, hâkimi adeta bilirkişi adeta bilirkişi raporu ile hüküm arasında bir vasıta veya aracı durumuna sokmaktadır. **KURU** Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, İstanbul 2001,s. 2781; Aksi yönde **BOZKURT**. **BOZKURT**’a göre yargıç, özel ve teknik bir konuda uzman olmadığı için kendisini aydınlatması ve hükmüne dayanak olması için bilirkişiden görüş ister ve bunun doğal sonucu olarak da yargıç vereceği hükmünde bilirkişi raporunu esas almak zorundadır. **BOZKURT** H. Argun, İş Davaları, Ankara 2001, s.526.

³³⁰ **ÖZDEMİR** Erdem, s.148, dn.23.

yasağının sona erme hallerinin düzenlendiği Borçlar Kanunu'nun 352/II maddesinin cezai şartın amacı dikkate alınarak eğitim giderleri karşılığı cezai şartın sona erme hallerinde de uygulanabileceği belirtilmiştir. Bu görüşe göre; ekonomik yönden güçsüz durumda bulunan işçinin, işverenin eğitim için yaptığı harcamaları kendi maddi olanakları ile karşılaması çoğu kez mümkün olmayacağı için, bu tür cezai şart hükümleri fiilen rekabet yasağı sözleşmesindeki cezai şart hükümleri ile aynı etkiye sahip olacaktır. Sözleşmenin sona erme nedenine bağlı olarak rekabet yasağı sözleşmesinin hükümden düşürülmesi ile iş sözleşmesinin sona erme nedenine bağlı olarak işçinin cezai şarttan kurtulması arasında önemli bir benzerlik bulunmaktadır³³¹.

Borçlar Kanunu'nun 352/II maddesinde göre; "İş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yok iken akdi feshetmiş yahut iş sahibinin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla akit işçi tarafından feshedilmiş ise, işçi aleyhine memnuiyete muhalefetinden dolayı dava ikame edilemez".

Kanunun bu hükmüne göre; işveren haklı bir fesih sebep olmadan iş sözleşmesini feshetmiş ise ya da işçi işverenin kusuruna dayanarak sözleşmeyi feshetmiş ise rekabet yasağı hükümden düşecektir.

Cezai şartı geri ödeme yükümlülüğünün gerçekleşme anı dört ihtimale göre değerlendirilebilir:

- İşçi tarafından fesih
- İşveren tarafından fesih
- İşyeri devri
- Eğitimin tamamlanmaması ya da başarısız sonuçlanması halinde

fesih

1. İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshedilmesi

Eğitim giderlerinin geri ödenmesi konusunda cezai şart, sözleşmenin bağlanma süresinden önce feshedilmesini önlemek amacı ile kararlaştırılmaktadır. Ancak bu kayıtlar, işçinin fesih hakkını imkânsızlaştıracak veya çalışma özgürlüğünü kısıtlayacak nitelikte olmamalıdır. Burada önemli olan nokta işçinin Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan çalışma hürriyetinin ne ölçüde cezai şart ile sınırlandırılabilirliği ve bunun karşısında işverenin menfaatlerinin ne ölçüde

³³¹ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 377; ÖZDEMİR, s.153.

korunması gerektiğidir. Kural olarak işçi, sözleşmeyi nedensiz olarak veya işverenin kusurlu sayılamayacağı nedenler dolayısıyla feshettiği takdirde ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya kalacaktır³³².

Fransız Hukukunda da, eğitim giderleri karşılığında öngörülen cezai şartın ancak işçinin nedensiz şekilde istifa etmesi veya işçiye ilişkin nedenlerle iş sözleşmesinin sona ermesi halinde uygulanabileceği kabul edilmektedir³³³.

İşçi iş ilişkisini süreli fesih bildirim yolu ile sona erdirebileceği gibi haklı neden ile de sona erdirebilir.

a. İşçinin süreli fesih bildirim ile sözleşmeyi feshetmesi

İşçi haklı bir neden olmaksızın süreli fesih bildirim ile iş sözleşmesini feshederse, sözleşmede belirlenen cezai şart kayıtlarını da ödemekle yükümlü olacaktır. İşçi çalışma hürriyeti çerçevesinde dilediği zaman iş sözleşmesini feshederek iş ilişkisini sona erdirebilir. Cezai şartın konuluş amacı ise; tarafları sözleşmeyi ifaya zorlamaktır. İşçi, sebepsiz olarak sözleşmeyi feshederse cezai şart ile yükümlü olacağını bilmektedir. Buna rağmen sözleşmeyi sona erdirmek isterse sonuçlarına katlanacak ve bu durumda cezai şartı ödemekle yükümlü olacaktır³³⁴.

Yargıtay'ın uygulaması da aynı doğrultudur. Örneğin konuya somut bir uyuşmazlıkta Yargıtay; *“Taraflar arasında imzalanan belirli süreli hizmet akdinin dokuzuncu maddesi eğitim taahhüdünü düzenlemiştir. Davacı somut olayda eğitim süresini tamamlamış ancak belirli süreli hizmet süresini tamamlamamıştır. Davalı itirazları dikkate alınarak eğitim giderleri konusunda yeniden bilirkişi incelemesi yapılmalı ve talebin kabulüne karar verilmelidir”* şeklindeki kararı ile fesih bildirim ile iş sözleşmesini fesheden işçinin cezai şarttan sorumlu olduğuna işaret ederek yerinde bir sonuca ulaşmıştır³³⁵.

Benzer bir kararında da *“İşçi, davalı işverenin işyerinden bağlanma süresinin bitiminden önce neden göstermeksizin istifa ederek ayrılmıştır. Feshi ihbar ile iş sözleşmesini fesheden işçi eğitim giderleri karşılığı olan cezai şarttan*

³³² SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 379; ÖZDEMİR, s.153; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 234.

³³³ ÖZDEMİR, s. 153.

³³⁴ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s.379 ; SOYER, Karar İncelemesi, s.31.

³³⁵ YHGK, T.11.02.2009, E.2009/9-29, K.2009/67, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.01.2009.

sorumludur. Ancak sorumluluğun 1 yıllık süre içinde çalışılan ve çalışılması gereken süreye göre belirlenmesi gerekir” şeklinde mevcut görüşünü devam ettirmiştir³³⁶.

b. İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshetmesi

İşçi sözleşmeyi haklı nedenle feshederse; işveren haklı nedenle feshin sonuçlarıyla sorumlu olacaktır; ancak, eğitim giderleri alacağı yönünden ise sözleşmeyi haklı nedenle fesheden işçiyi sorumlu tutmak mümkün gözükmemektedir. Tarafların yaptıkları iş sözleşmesinde “her ne sebeple olursa olsun” sözleşmenin feshi halinde cezai şart ödeneceğinin kararlaştırılmış ise “her ne sebeple olursa olsun” sözü “haklı neden olmaksızın” şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi halde, tarafların haklı fesih hakkı kaldırılmış olacaktır. Haklı fesih hakkı ise sözleşme ile ortadan kaldırılamayacağı gibi, bu haktan feragat dahi mümkün değildir³³⁷.

Haklı fesih sebebinin doğması halinde iş sözleşmesinin devamı işçi yönünden katlanılmaz hale gelmişken, işçiyi fesih halinde eğitim giderlerini ödemekle sorumlu tutmak işçinin eğitim giderini ödeyemeyeceği düşüncesi ile sözleşme ilişkisini devam ettirmeye zorlamak olacaktır ki bu husus çalışma özgürlüğüne de aykırılık teşkil eder³³⁸.

İşçinin iş sözleşmesini İş Kanunu’nun 24. maddesinin II. bendinde düzenlenen “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” nedeni ile feshinde kusurlu olduğundan söz edilemeyeceği için işçi cezai şart ödemekle yükümlü olmamalıdır³³⁹.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında işçinin fazla mesai yapmaya zorlanması ve fazla mesai ücretlerinin ödenmemesi nedeni ile iş sözleşmesini

³³⁶ Y.9HD, 25.09.2007, E.2007/20016, K.2007/28104, Çalışma ve Toplum 2008/1, S.10, s.232-233.

³³⁷ **CENTEL**, İş Hukuku, Cilt I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s.164; **SOYER**, Karar İncelemesi, s.23; **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 376-377; **ÖZDEMİR**, s.152; **KARAGÖZ**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 203; “İşverenin fesih hakkının tamamen ortadan kaldırılamayacağı için buna aykırı düzenleme içeren Toplu İş Sözleşmesi hükmü geçerli olamayacaktır”. Y.HGK, T.12.03.2003, E.2003/9-150, K.2003/151, Kazancı Mevzuat Ve İhtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 10.01.2009.

³³⁸ **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 376-377; **SOYER**, Karar inceleme, s. 23; **SÜZEK**, İş Hukuku, s. 546; **SÜZEK** Fesih Hakkının Sınırlanması, s. 92; **EKMEKÇİ**, Değerlendirme Semineri, 1999, s. 65; **ÖZDEMİR**, s.152; **KARAGÖZ**, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 203-204.

³³⁹ **ÖZDEMİR**, s. 153; “İşverenin iş sözleşmesi yapılırken işçiyi yanıltması nedeni ile işçinin bağlanma süresinden önce iş sözleşmesini feshetmesi halidir. Bu örnekte; işçi yönünden İş Kanunu madde 24/II-(a) bendine dayanan haklı bir sebep mevcuttur ve işçi kendi kusurundan kaynaklanmayan bu neden ile sözleşmeyi feshederse cezai şart ödemekle yükümlü olmayacaktır”. **GÜNAY**, İş Hukuku, s.491.

feshetmesini haklı fesih olarak kabul etmiştir ve bu nedenle işçinin eğitim gideri karşılığı cezai şart ödemekle yükümlü olmadığını karara bağlamıştır³⁴⁰.

İşçinin sözleşmeyi feshettiği ve işverenin feshin haklı nedene dayanmadığını iddia ederek işçiden sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı talep ettiği somut ve bir uyuşmazlıkta Yargıtay; *“Davacı işveren, davalı işçiye pahalı bir eğitim vermiştir ve bunun karşılığında on yıllık çalışma süresi getirmiştir. Davalı pilot, davacı işverenin isteği üzerine festivaller için Yunanistan'a gitmiş olup, işverenin talebi üzerine 3 gün daha Yunanistan' da kalmıştır. Bu süre içinde harcıraha hak kazandığı halde işveren bu harcırahı uzun süre ödemediği için işçi fesihte haklıdır. Haklı fesih nedeni ile davacı işveren ihbar tazminatına hak kazanamayacağı gibi eğitim gideri ve cezai şartı da talep edemez”* şeklindeki kararı ile işçinin sözleşmeyi haklı olarak feshetmesi halinde işverenin eğitim giderleri karşılığı olan cezai şartın hükümden düşeceğini karara bağlamıştır³⁴¹.

Aynı konuya ilişkin benzer bir kararında da, işveren eğitim gideri ve cezai şart alacağı için işçisine karşı dava açmıştır. İşçi de karşılık dava açarak iş sözleşmesini fazla çalışma karşılığı ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle haklı nedenle feshettiğini iddia etmiş ve işverenden kıdem tazminatı, fazla çalışma ve yıllık ücretli izin alacaklarını talep etmiştir. Yargıtay ise, *“İşçinin fazla çalışma karşılığı olan ücretini alamaması nedeni ile sözleşmeyi feshetmesi haklı nedene dayanmaktadır. Bu nedenle davacı işveren lehine eğitim gideri ücretinin kabulüne karar verilmesi hatalı olup, haklı fesih halinde işçi 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16/II-d maddesi uyarınca kıdem tazminatına hak kazanacaktır ancak işçi için yapılan eğitim gideri alacağı istenemez”* şeklinde isabetli bir sonuca ulaşmıştır³⁴². Kanımızca aksine

³⁴⁰ Y. 9.HD, T.05.06.2002, E. 2001/ , K.2002/ , YKD, C.29, S.2, Şubat 2003, s.205-206.

³⁴¹ Y. 9HD, T.26.6.2001, E.2001/5714, 2001/10954, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; Aynı yönde; *“İş Sözleşmesinin 5. maddesinde sözleşmeyi haksız olarak fesheden tarafın karşı tarafa cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin işçi tarafından haklı fesih halinde cezai şartın işverence ödeneceğine dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Mahkemece sözleşmenin davacı işçi tarafından haklı nedenle feshedildiği kabul edildiğine göre sözleşmede geçen cezai şartın hüküm altına alınması imkanı da bulunmamaktadır”* Y.9.HD, T. 27.10.2004, E.2004/5632, K.2004/24444, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

³⁴² Y. 9.HD, T.12.4.2004, E.2003/19260, K.2004/8271, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; *“Taraflar arasında imzalanan beş yıl süreli hizmet akdininin 11. maddesinde işveren için öngörülen üç aylık brüt ücret tutarındaki cezai şart, hizmet akdininin İş Kanununun 17.maddesinde belirtilen haklı fesih sebepleri dışında işverence fesih durumunda uygulanacak bir cezai şarttır. Somut olayda hizmet akti davacı işçi tarafından feshedildiğinden, haklı nedene dayansa dahi fesih davacı tarafından gerçekleştirilmeye işveren aleyhine cezai şartın hüküm altına alınması mümkün değildir.”* Y.9.HD, T.24.11.2005, E.2005/9434, K.2005/37137, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası.

yorum şekli her türlü fesihte işçinin eğitim gideri alacağını ödemesi sonucuna neden olacağı için hakkaniyete uygun değildir ve işçinin haklı nedenle fesih hakkının sınırlandırılmasına neden olacaktır.

Fransız Yargıtay'ı da aynı konuya ilişkin bir kararında, işçinin iş sözleşmesini ücretinin ödenmemesi nedeni ile feshetmesi halinde işçinin cezai şart ödemekle yükümlü olmayacağına karar vermiştir³⁴³.

İşçiye, gördüğü eğitim sonucunda hak ettiği pozisyonun (işletmedeki organizasyonu yapmaya yetecek) makul bir süre içinde verilmemesi de, feshi haklı kılan en önemli nedenlerden biridir. İşçiden zahmetli bir eğitim sürecinden sonra işyerinde eski koşullara göre çalışmasını devam ettirmesi beklenemez. Bu nedenle işçinin feshi haklıdır ve işçi haklı fesih nedeni ile cezai şart ödemekle yükümlü tutulamaz³⁴⁴.

SOYER, Borçlar Kanunu'nun 352/II maddesini dikkate alarak; işverenin gözetim borcunu ihlâl etmesi, işçiye onuru ve konumu ile bağdaşmayacak şekilde davranılması, işverenin kendi tutumu ile işletmedeki çalışma iklimini bozması, işçiye yardımcı olan önemli kişileri nedensiz olarak ve kendisine hiç danışmadan işten çıkarması gibi örneklerde belli bir vasıf kazanmış işçinin işletmeye sadık kalmaya zorlanmasının doğru olmadığını ve bu örneklerin cezai şart alacağını hükümsüz kılan birer haksız fesih nedeni oluşturduğunu ifade etmiştir³⁴⁵.

ÖZDEMİR ise, sayılan örneklerin bazılarının İş Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenen haklı nedenle fesih hallerini oluşturduğunu ancak sayılan örneklerden işverenin işçiye yardımcı olan önemli kişileri nedensiz olarak ve kendisine hiç danışmadan işten çıkarması durumunu haklı fesih sebebi olarak değerlendirilmesinin güç olduğunu belirtmiştir. ÖZDEMİR'e göre, cezai şartı hükümden düşüren nedenler, salt rekabet yasağını hükümden düşüren Borçlar Kanunu'nun 352/II maddesi ile sınırlı olarak değil İş Kanunu hükümleri gözetilerek yorumlanmalıdır³⁴⁶.

İşçinin iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24/I maddesinde yer alan sağlık sebepleri veya 24/III maddesinde yer alan zorlayıcı sebepler ile feshetmesi halinde

³⁴³ ÖZDEMİR, s. 153.

³⁴⁴ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s.379.

³⁴⁵ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 379-380.

³⁴⁶ ÖZDEMİR, s. 154.

ise işverenin kusurundan bahsedilemez. Bu gibi hallerde işverenin kusuru bulunmasa da, işçinin edimini ifa etmesi işçiden beklenemeyeceği için cezai şartın uygulanmaması gerektir. Aksi düşüncenin kabul edilmesi halinde ise, işçi haklı fesih sebebine rağmen cezai şartı ödemek kaygısı ile iş ilişkisini devam ettirmeye zorlanmış olacaktır. Örneğin; işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa İş Kanunu 24/I(a) maddesine göre işçinin haklı nedenle fesih hakkı vardır ve bu nedenle işçi iş sözleşmesini feshederse eğitim giderleri karşılığı olan cezai şartı ödemekle yükümlü tutulamaz³⁴⁷.

Konuya ilişkin bir kararda taraflar, 30 ay içinde haklı neden olmadan sözleşmenin feshedilmesi halinde eğitim giderinin talep edilebileceğini kararlaştırmışlar, ancak davacı muvazzaf askerlik sebebiyle işten ayrılmak zorunda kalmıştır. İşçi, askerlik dönüşü işverene başvurmuşsa da işe alınmamıştır. Yargıtay ise askerlik gibi yasal bir zorunluluk nedeni ile işçinin işten ayrılması sonucunda işverenin davacı işçiden eğitim gideri talep edemeyeceğine karar vermiştir³⁴⁸.

2. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi

a. İşverenin Geçerli Bir Neden İle İş Sözleşmesini Feshetmesi

İş Kanunu'nun 18. maddesine göre; "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır".

İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş güvencesine tabi olan işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli neden ile feshedilebileceği düzenlenmiş ve geçerli feshe neden olan kavramlara değinilmiştir. Geçerli fesih nedeni ile haklı fesih nedeni arasında ise ağırlık farkı bulunmaktadır. Haklı fesih nedenleri iş ilişkisini taraflardan biri için dürüstlük kuralı gereği çekilmez hale getiren nedenlerdir. Geçerli fesih nedenleri ise; haklı fesih derecesine ulaşmayan fakat işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen ve makul ölçüler içerisinde iş ilişkisinin devamının işverenden beklenemeyeceği hallerdir³⁴⁹. Kanun koyucu İş Kanunu'nun 18. maddesi ile

³⁴⁷ ÖZDEMİR, s. 154.

³⁴⁸ Y. 9HD, T.29.03.2004, E.2003/17487, K.2004/6215, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi: 08.01.2009.

³⁴⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.444; ÇELİK, İş Hukuku, s.196; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.195; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.136; TOPAL Güneş, İş Kanunu'na Göre Geçerli Nedenle

işverenin süreli fesih hakkını sınırlandırmıştır. Konumuz açısından ise geçerli neden ile sözleşmenin sona erdirilmesinde işçinin kusurunun olup olmadığı ve geçerli nedenle feshin cezai şart alacağını muaccel hale getirip getirmeyeceği üzerinde durulacaktır.

Kural olarak işveren İş Kanunu'nun 18. maddesine dayanan geçerli bir sebeple iş sözleşmesini feshederse işçi cezai şarttan sorumlu tutulmamalıdır. İşverenin iş sözleşmesini personel planlaması, maliyetlerin artması, iktisadi güçlük gibi işletmenin yönetim politikasını ilgilendiren ve işletme rizikosuna dâhil bulunan nedenler dolayısıyla feshetmesi halinde, Borçlar Kanunu'nun 352/II maddesinin amacı dikkate alınarak işçi cezai şart ödemek ile yükümlü olmayacaktır³⁵⁰.

Fransız Hukukunda da ekonomik nedenler ile işyerinin kapanması ve işverenin iş sözleşmesini feshetmesi halinde işçiden eğitim giderlerine ilişkin cezai şartın istenemeyeceği kabul edilmektedir³⁵¹.

Ancak işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenler ile sözleşmeyi feshetmişse işçinin cezai şart ödemekle yükümlü tutulup tutulamayacağı hususunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. ÖZDEMİR' e göre; işveren geçerli neden ile iş ilişkisini sona erdirir ise işçinin ağır kusuru ile sözleşmenin feshine neden olduğundan söz edilemeyeceği için işçi cezai şart ile sorumlu tutulamaz³⁵².

SOYER' e göre ise; işçinin haklı feshi gerektirecek ağırlıkta kusurlu olduğundan bahsedilemeyecekse de bu gibi durumda işverenin cezai şartı talep edemeyeceğinin kabul edilmesi halinde iş sözleşmesindeki cezai şart hükmü işçi açısından bir iş güvencesi aracı haline getirilmiş olur. Böylelikle işveren işçinin bazı özelliklerinden memnun olmasa da ortada derhal fesih hakkı gerektirecek ağırlıkta

Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s.26, 27; 18. maddenin hükümet gerekçesinde şu hususlara değinilmiştir: "Geçerli sebepler 25. maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektirdiği şekilde yerine getirilmesine olanak vermeyen sebepler olabileceklerdir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda feshin geçerli nedenler dayandığını kabul etmek gerekecektir". SÜZEK, İş Hukuku, s.443.

³⁵⁰ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 378-379.

³⁵¹ ÖZDEMİR, s. 155.

³⁵² Bu görüşe göre; Fransız Mahkemelerinin cezai şartın uygulanması için işçinin ağır kusurunun arandığı kararları Türk Hukukunda eğitim giderlerinin geri ödenmesinin yorumunda esas alınmalıdır. ÖZDEMİR, s. 156.

bir sebebin olmaması nedeni ile eğitim giderlerinin iade edilmesini talep etme hakkını kaybetmemek amacı ile iş sözleşmesini devam ettirmek zorunda kalacaktır³⁵³.

KARAGÖZ ise geçerli nedenle fesihle işçinin kusurunun ağırlığına göre bir sonuca gidilmesi gerektiğine değinmiştir. Yazara göre; işçinin yeterliliği ve davranışları nedeni ile sözleşmenin feshi işverene geçerli fesih hakkı veren ancak ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil edecek ağırlıkta olmayan hallerdir. Kural olarak işçinin yeterliliğinden ya da davranışlarından kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin feshi halinde açıkça sözleşme ile kararlaştırılsa dahi işçiden cezai şart talep edilemez. Ancak eğitim giderlerinin geri ödenmesinde ve rekabet yasağı gibi bazı istisnai durumlarda yeterliliği ve davranışları nedeni ile feshe neden olan işçinin kusurunun ağırlığı üzerinde durulması gerekir ve somut olayın özelliklerine göre cezai şart sona ermeyebilir³⁵⁴.

Yargıtay'ın geçerli nedenle fesihle cezai şart uygulaması ile ilgili kararları incelenerek eğitim giderleri yönünden de benzer bir yorum yapılabilir. Örneğin; somut bir uyuşmazlıkta Yargıtay; *“Dairemizce işyerindeki ekonomik kriz, ham madde sıkıntısı, yeni teknolojilerin uygulanması, işçinin yetersizliği gibi durumlardaki fesihlerde feshi geçerli sebep olarak nitelendiriyor, kıdem ve ihbar tazminatlarının verilmesi kabul ediliyor; ancak, cezai şart hükümlerine geçerlilik tanınmıyordu. Dairemizin anılan uygulaması daha sonra çıkarılan 4773 sayılı Kanunla getirilen iş güvencesi hükümleri ve 4857 sayılı yeni İş Kanununda işe iade kavramı ile birlikte yasal statüye kavuşturulmuştur. Somut olayda banka tasfiye halindedir. İş hukuku açısından fesih sebebi geçerlidir. Borçlar Hukuku açısından da işçinin hizmet akdinin devamında Borçlar Kanunu'nun 117.maddesi gereği ifa engeli bulunmaktadır. Böyle olunca ceza şart isteminin reddi gerekir”* şeklinde karar vermiştir³⁵⁵. Somut uyuşmazlıkta sözleşmenin geçerli neden ile feshedilmesi halinde işverenin cezai şart ödemekle yükümlü olmadığını karar bağlamıştır.

İşçinin işe yeterli ilgi göstermemesi, işçinin geçimsizliği, işçinin bağlılığının yeterli olmaması, işveren aleyhine sözler söylemesi, işvereni yanıltması, işe geç

³⁵³ SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 378.

³⁵⁴ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.191.

³⁵⁵ Y. 9HD, T.22.01.2004, E.2003/22636, K.2004/534, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.01.2009.

gelmesi gibi durumlar geçerli neden ile feshe örnek gösterilebilir. Geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı olarak ihlal etmesi şart değildir³⁵⁶. Yargıtay bu hususu yeni tarihli bir kararında şöyle belirtmiştir; “Gösterilmesi gereken özen yükümlülüğünün ihmali davranış ile ihlali yeterlidir. Buna karşılık, işçinin kusuruna dayanmayan davranışları, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahminî teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır. İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümler de dikkate alınması gerekir”³⁵⁷.

Kanımızca, işverenin iş sözleşmesini işyeri gereklerine dayanarak geçerli neden ile feshetmesi halinde işçi eğitim gideri karşılığı olan cezai şartı ödemekle yükümlü tutulamaz. Ancak işçinin davranışlarından veya yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesi feshedilmişse işçinin kusurunun ağırlığı üzerinde durulmalıdır. İşverenin iş sözleşmesini süreli fesih ile sona erdirmesini geçerli kılan işçinin davranışları, İş Kanunu'nun 25. maddesi gereğince haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen hallerdir. İşçi davranışı ile işyerinde olumsuzluklara yol açmış olabilir. İşçinin haklı feshe varmayan ancak iş ilişkisinin devamını çekilmez kılan bir davranışı nedeni ile işveren sözleşmeyi feshederse işçi kusurlu hareketlerinin sonucuna katlanacak ve cezai şart ödemekle yükümlü olacaktır. Ancak cezai şart miktarı belirlenirken işçinin kusurunun haklı neden ile feshe neden olacak derecede ağır olmadığı dikkate alınarak daha yüksek bir miktarda indirim gidilebilir.

³⁵⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s.459.

³⁵⁷ Y. 9HD, T.23.02.2009, E.2008/17137, K.2009/3187, Kazancı Mevzuat Ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2009.

b. İşverenin haklı neden ile sözleşmeyi feshetmesi

İş sözleşmesinin haklı nedenle feshine neden olan tarafın eğitim giderleri karşılığı olan cezai şartı ödeyeceği açıkça sözleşme ile kararlaştırılmış ise feshe neden olan kişi cezai şart ödemekle yükümlü olacaktır. Ayrıca sözleşmede kararlaştırılmasa dahi işçi kendi kusuru ile iş sözleşmesinin feshine neden olursa Borçlar Kanunu'nun 352/II maddesi dikkate alınarak cezai şart ile sorumlu tutulacaktır. Ancak bu durumda cezai şartta neden olacak fesih sebepleri “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller” ile sınırlı olup işverenin sağlık sebepleri ve yahut zorlayıcı sebepler ile sözleşmeyi haklı olarak feshetmesi halinde işçiden cezai şartı talep etmesi mümkün değildir. Bu hallerde, işveren açısından iş ilişkisinin devamı çekilmez hal almış ise de, işçinin kusurundan kaynaklanan bir sebepten söz edilemez³⁵⁸.

İş Kanunu'nun 25/I-(a) bendinde; işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi halinde işverenin haklı olarak iş sözleşmesini feshetme hakkının olduğu düzenlenmiştir. İşçinin kendi kusuru ile hastalanması nedeni ile iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde rekabet yasağının hükümden düşeceği nedenlerin düzenlendiği Borçlar Kanunu'nun 352/II maddesinin kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir değerlendirme yapmak gereklidir.

SOYER'e göre; 352/II maddesinin uygulanmasında Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinde yer alan haklı nedenin bulunması gerekmemektedir. Fesih nedeni iş ilişkisini derhal sona erdirecek ağırlıkta olmasa da “mantıksal bir değerlendirme” sonucu feshe imkân sağlayabileceği kabul edilebilecek her olay bu madde açısından haklı neden olarak kabul edilebilir³⁵⁹.

ÖZDEMİR'e göre; ise eğitim karşılığı cezai şartta uygulanması bakımından rekabet yasağına ilişkin Borçlar Kanunu'nun 352/II maddesi uygulanabilirse de Fransız Hukukunda benimsenen esaslar dikkate alınarak cezai şartın uygulanmasına

³⁵⁸SOYER, Cezai Şartın Geçerliliği, s. 378; KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.190; ÖZDEMİR, s.154.

³⁵⁹SOYER, M.Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, BK md.348-352, Ankara 1994 Rekabet Yasağı, s.101-102.

neden olan halleri İş Kanunu'nun 25/II maddesinde yer alan ahlak ve iyiniyet kuralları ile sınırlamak daha doğrudur³⁶⁰. Ayrıca işçinin hastalığının derli toplu olmayan yaşayışından kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti ya da işçinin yaşayışının derli toplu olmadığı, işçinin içkiye düşkün olup olmadığı konusunda objektif kıstaslar belirlemek güç olduğu gibi ispat yönünden zorluklar taşır. Yazara göre; bu halde dahi işçinin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14.maddesine göre kıdem tazminatı hakkı devam ediyorken işçiyi cezai şart ödemekle yükümlü tutmak doğru olmaz³⁶¹.

Yargıtay, davacının çalıştığı işyerinin deprem nedeni ile yıkılması ve işverenin bu nedenle davacı işçi ile arasındaki iş sözleşmesine son verdiği bir uyuşmazlıkta, işverenin cezai şartı talep edemeyeceğini belirtmiştir³⁶². Benzer bir uyuşmazlıkta da, sağlık nedenleri ile işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işveren tarafından cezai şartın talep edilemeyeceğini belirtmiştir³⁶³.

Fransız Hukukunda cezai şartın ancak işçinin ağır kusuru sebebiyle işverence akdin sona erdirilmesi durumunda uygulanabileceği kabul edilmiştir³⁶⁴.

Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller nedeni ile sözleşmenin haklı feshi için, iki taraftan birinin bu şekilde davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden itibaren altı iş günü içinde ve her halükarda fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde kullanılması gereklidir. Kanunda düzenlenen hak düşürücü süreler geçirildikten sonra yapılacak fesih, feshi haksız fesih haline dönüştüreceği için işveren haksız fesih nedeni ile iş ilişkisini sona erdirdiğinden cezai şartı talep edemeyecektir³⁶⁵.

İşveren sebep göstermeksizin İş Kanunu'nun 17. maddesine göre süreli fesih bildirimini ile iş sözleşmesini sona erdirirse işçiden cezai şart alacağını talep edemeyecek ve süreli feshin sonuçları ile (ihbar tazminatı, kıdem tazminatı) sorumlu olacaktır³⁶⁶.

Somut örnekler incelendiğinde; işçinin iş sözleşmesinin feshinde cezai şarttan sorumlu olup olmayacağı belirlenirken kusur yönünden bir inceleme yapıldığı

³⁶⁰ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 156, dn.60.

³⁶¹ ÖZDEMİR, s. 155.

³⁶² Y.9..HD, T. 18.12.2002, E.2002/10423, K.2002/24438, İşveren, Nisan 2003.

³⁶³ AKYİĞİT, Emsal Kararlar, s.573-574.

³⁶⁴ ÖZDEMİR, s.154-155.

³⁶⁵ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s. 191.

³⁶⁶ ÖZDEMİR, s. 156.

ve kusurlu olan işçinin cezai şart ile sorumluluğuna karar verildiği; ancak, işçinin kusurundan bahsedilemeyecek olan sağlık sebepleri ve zorlayıcı sebepler ile feshedilmesi halinde cezai şart ödeme yükümlülüğü olmayacağı anlaşılmaktadır. Kanımızca hakkaniyet ilkesi, işçiyi koruma ilkesi ve Borçlar Kanunu'nun 352/II maddesi de bu çözüm tarzına uygundur.

3. İşyeri Devrinin Cezai Şarta Etkisi

İşyeri devri ile iş sözleşmesinin işveren tarafı değiştiği için işyeri devri iş ilişkisini çeşitli yönleri ile etkiler. Çalışmamız yönünden, işyeri devri ile işverenin değişmesinin iş sözleşmesindeki cezai şarta etkisini ele alacağız.

İşyeri devri, İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun 6. maddesine göre; “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bir bütün olarak devralana geçer”. İşyeri devri ile iş sözleşmesinin yeni işverene geçeceği kanunen düzenlenmiş olduğu için tarafların ayrıca karar almalarına gerek yoktur³⁶⁷. Devreden işveren ile devralan işveren arasında İş Kanunu'nun 6. maddesine aykırı yönde anlaşma yapmaları da kanun hükmü karşısında geçersiz olacaktır. Örneğin; devralan işverenin işçilik alacaklarından sorumlu olmayacağı yahut iş ilişkisinin yeni işveren ile devam etmeyeceği yönündeki taraflar arasındaki anlaşmalar geçersiz olacaktır. Devralan işveren iş sözleşmesinden haberdar olmadığından söz ederek önceki sözleşmeden doğan yükümlülüklerden kurtulamaz. Ancak devralan yeni işveren işçiler ile yeni bir iş sözleşmesi yaparsa bu durumda yeni iş sözleşmesi uygulanır³⁶⁸.

İşyeri devri ile iş sözleşmesinden kaynaklanan her türlü yükümlülükler devralan işverene geçer. İşveren devir ile birlikte sadece iş sözleşmesine taraf hale gelmeyecek ayrıca iş ilişkisindeki tüm hak ve borçları, çalışma koşullarını

³⁶⁷ ÖZKARACA, s.142; YENİSEY Kübra Doğan, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s.208.

³⁶⁸ ÇANKAYA Osman Güven/ ÇİL Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s. 188; “Devreden işveren bankanın personel yönetmeliğinde kıdem ödülü olmasına rağmen, devralan bankanın personel yönetmeliğinde bu ödemeye yer verilmemesi ve devralan banka ile işçi arasında yapılan iş sözleşmesinde de kıdem ödemesinin yer almaması nedeni ile kıdem ödülünün ödenmesi gerekmemektedir”. Y.9.HD, T. 28.11.2005, E.2005/34314, K.2005/37363, ÇANKAYA/ÇİL, s.190.

üstlenecektir³⁶⁹. İş sözleşmesindeki cezai şart hükmü de ikramiye, ücret artışı yapma gibi yükümlülükler ile birlikte işyeri devrinden sonra iş ilişkisinin yeni taraflarını bağlamaya devam edecektir³⁷⁰.

Örneğin; tarafların doğmuş bulunan haklı fesih nedenleri işyeri devri ile değerini yitirmez ve fesih hakkı devralan işveren tarafından işçiye karşı veya işçi tarafından devralan işverene karşı kullanılabilir. İşyeri devri, İş Kanunu'nun 26. maddesinde belirlenen fesih hak düşürücü sürelerini de etkilemez. Süreler devir ile birlikte işlemeye devam edecektir, kesilmeyecektir. İşveren için haklı fesih hakkı yönünden devir ile birlikte yeni bir hak düşürücü süre işlemeye başlamayacaktır, iş ilişkisi aynen devam edecektir.

Taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi varsa işyerinin devri ile birlikte devralan işverenin sözleşmenin bakiye süresi kadar işçiyi çalıştırma yükümlülüğü vardır. Eğer devralan işveren bakiye süreden önce sözleşmeyi feshederse işçiye bakiye ücretini ödemekle yükümlü olacaktır³⁷¹. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi halinde cezai şart ödeneceği kararlaştırılmış ise ve kararlaştırılan cezai şart tek taraflı değil ise sonuç doğurur³⁷².

İş sözleşmesinde işyerini devreden işverenin işçiye verilen eğitim karşılığında belli bir süre çalışma şartı öngörmüşse ve işçi eğitime tabi tutulduktan sonra işyeri devredilmişse, işçinin taahhüt ettiği süre boyunca çalışma yükümlülüğü devralan işverene karşı devam edecektir. İşçi, bağlanma süresinden önce sözleşmeyi feshederse devralan işveren eğitim giderlerini ödemekle yükümlü olacaktır. İşyeri devri ile birlikte devralan işveren devreden işverenin hak ve yükümlülüklerini iktisap eder. İş ilişkisi yönünden devralan işveren, devreden işverenin halefi konumunda olduğu için, eğitimin devreden işveren tarafından sağlanmış olması, cezai şart alacağının devralan işveren adına doğmasını engellemez³⁷³.

İşçinin bağlanma süresini tamamlayıp tamamlamadığı tespit edilirken işçinin mecburi hizmet kapsamında olmak üzere işyerini devreden işveren yanında

³⁶⁹ EKONOMİ Münir, İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkisine Etkisi, Turhan ESENER 'e Armağan, Ankara 2000, s.331; YENİSEY Kübra Doğan, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s.201.

³⁷⁰ ÇANKAYA/ÇİL, s. 189.

³⁷¹ ÖZKARACA, s.155.

³⁷² ÇANKAYA/ÇİL, s. 189.

³⁷³ ÖZKARACA Arcüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s.235; ÇANKAYA/ÇİL, s.190.

geçen çalışma süreleri de dikkate alınacaktır. Örneğin; devreden işveren işçiye yurt dışında eğitim vermiş ve bunun karşılığında iki yıllık mecburi çalışma süresi getirmiş olabilir. İşçi, bu sürenin bir yılını devreden işveren yanında tamamladıktan sonra kalan bir yılı da devralan işveren yanında tamamlarsa iki yıllık mecburi hizmet süresini gereği gibi yerine getirmiş olur ve iki yıldan sonra iş sözleşmesini feshederse işçiden cezai şart talep edilemez. İşyerinin devri halinde işçinin bağlanma süresini tamamlayıp tamamlamadığı devreden ve devralan işveren yanında geçen mecburi çalışma süresinin sözleşmede belirlenen toplam mecburi çalışma süresinden çıkarılması sonucunda tespit edilecektir³⁷⁴.

Bu kural eğitim gideri karşılığı cezai şart miktarının belirlenmesinde de esas olacaktır. Yukarıda anlatıldığı üzere işçinin sorumlu olduğu miktar belirlenirken işçinin bağlanma süresi içerisinde çalıştığı ve çalışması gereken süre oranlanarak eğitim giderine hükmedilir. Bağlanma süresinin ne kadarının tamamlandığı tespit edilirken devreden işveren yanında çalışılan süre dikkate alınacaktır³⁷⁵.

Sorumluluğun başlangıcının belirlenmesi yönünden İş Kanunu'nun 6. maddesinde açık bir hüküm getirilmiştir. İş Kanunu'nun 6/2 maddesine göre; "Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür. Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır". Kanunun bu hükmünde iş sözleşmesinin devir tarihi itibarı ile devralan işverene geçtiği düzenlenmiştir. Taraflar devir tarihini devir sözleşmesi ile kararlaştırmışlarsa sözleşmedeki tarih, devir tarihi belirlenmemişse fiili olarak devrin yapıldığı tarih, bu tarih de tespit edilemiyorsa devir hukuki işleminin yapıldığı tarih esas alınmalıdır³⁷⁶.

İşçi, işyerinin devir tarihinde eğitim giderleri dışındaki bir cezai şart alacağına hak kazanmış ise, devir anında mevcut borçların da devralan işverene geçeceği kanuna bağlanmış olduğu için işçi cezai şart alacağını devralan işverenden de talep edebilir. Devreden ve devralan işverenlerin sorumluluğu devirden itibaren 2

³⁷⁴ ÖZKARACA, s.236.

³⁷⁵ ÖZKARACA, s.236.

³⁷⁶ ÇANKAYA/ÇİL, s.190; ÇİL, İş Kanunu Şerhi, C.I, s.380; ÖZKAYNARCA, s.169.

yıl süre ile birlikte sorumluluk şeklindedir. Kanun koyucu işyeri devri nedeni ile işçinin ekonomik açıdan mağdur olması ihtimaline karşı işçiyi korumuş ve devirden önce doğmuş olan işçi alacaklarının her iki işverenden talep edilebileceğini ve işverenlerin devirden itibaren iki yıl süre ile birlikte sorumlu olduklarını düzenlemiştir. Devralanın buradaki sorumluluğu ikincil nitelikte bir sorumluluk değildir. Devreden işverene başvurulmadan yeni işverene başvurmak mümkündür. Bu durumda yeni işveren, önce devreden işverene başvurulması gerektiği yönünde bir savunmada bulunamaz³⁷⁷.

4. Eğitimin Tamamlanmaması veya Eğitimin Başarısızlık ile Sonuçlanması

Eğitim karşılığı öngörülen cezai şartın muaccel hale gelmesi için iş sözleşmesinin sona ermesinde işçinin kusuru olması gerektiğine yukarıda değinmiştik. İşveren, işçinin eğitim giderlerini üstlenirken, işçinin eğitim sonrasında işletmesine faydalı olacağı inancı içerisindedir. İşçinin tabi olduğu eğitim sonrasında sertifika alması ve bu sertifikanın işletme için gerekli bir faaliyette kullanılması da muhtemeldir. İşçi, eğitimi kendi isteği ile yarıda bırakırsa işveren eğitim sonucunda elde etmeyi umut ettiği yarara sahip olamayacaktır. İşverenin eğitim giderleri adı altında masraf yapmış olmasına rağmen işçinin eğitimini tamamlamayı ya da başarılı olamayı işvereni zarara uğratmış olacağı da muhakkaktır. İşveren yapmış olduğu yatırımın karşılığını alamadığı için eğitim giderlerinin geri ödenmesi gündeme gelecektir³⁷⁸.

Sözleşmede bu yönde açık bir hükmün yer almaması durumunda, işveren somut olayda, eğitim giderlerinin geri ödenmesinde işletmenin menfaati olduğunu ve sözleşmede öngörülen geri ödenmesi gereken miktarın işçi bakımından uygun bir karşı edim miktarı olduğunu ispat etmelidir. İşveren işletmesinde işçinin bilgi ve becerilerinden faydalanmak üzere işçinin eğitimini finanse etmekte, daha sonra bu yatırımının karşılığını almak istemektedir. İşverenin yatırımının karşılığını almak istemesinde haklı menfaati olduğu ise sabittir. İşçinin eğitimini tamamlamaması durumunda, eğitim giderlerinin geri ödenmesi öngörülme suretiyle işletmenin yapmış olduğu yatırım güvence altına alınmaktadır³⁷⁹.

³⁷⁷ ÖZKAYNARCA, s.335.

³⁷⁸ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.235.

³⁷⁹ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.236.

İşveren, eğitimin tamamlanmaması nedeni ile de işçinin yeni bilgilerinden yararlanamayacaktır. Bu nedenle eğitimi tamamlamayan işçinin eğitim giderlerinin tamamını ödemesi gerekir. Bu durumda eğitimin başarıyla tamamlanmasındaki sınırlandırmada olduğu gibi, eğitim giderleri iş sözleşmesinin ifasıyla orantılı olarak indirilemez. Çünkü, eğitim masraflarından yapılan bu indirim ancak işletmenin işçinin yeni bilgi ve becerilerinden yararlanması ve aynı zamanda işçinin de eğitim ile edindiği bilgiler ve tecrübeler ile mesleki ilerleme şansını arttırmış olması hallerinde tanınması mümkündür³⁸⁰.

Sözleşmede eğitimin başarıyla tamamlanması öngörülmüş, fakat işçi eğitim sonundaki sınavda başarısız olmuş ise bu durumda kural olarak işveren eğitim giderlerinin tamamının geri ödenmesi isteyebilir. İşçi eğitimi başarı ile tamamlayamamış ancak eğitim ile birlikte işletmenin faydalanabileceği bazı bilgiler öğrenmiş ise, geri ödenmesi gereken miktarda uygun bir miktarın indirilmesi gerekir. Örneğin; yurt dışına aylarca süren bir dil kursuna gönderilen işçi kursu başarıyla bitirememiş ve sertifika alamamış olmasına, işveren işçinin öğrenmiş olduğu yabancı dil bilgilerinden yararlanmakta ise, bu durum geri ödeme kayıtları veya cezai şartın indirilmesinde dikkate alınmalıdır³⁸¹.

D. Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart Konusunda Yargıtay'ın Kararlarına Egemen Olan Noktalar

Yargıtay'ın eğitim giderleri karşılığı cezai şart ile ilgili örnek kararlarına çalışmamızda yer vermiştik. Burada ise, Yargıtay'ın uygulamasındaki temel noktaları belirteceğiz.

Yargıtay, eski tarihli kararlarında işçi aleyhine kararlaştırılan tek taraflı cezai şartı her halükarda geçersiz kabul etmekteydi³⁸². Kararların gerekçesinde ise

³⁸⁰ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.236-237.

³⁸¹ KARAGÖZ, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, s.237-238.

³⁸² Hizmet akitlerine işçi aleyhine olarak konulan tek taraflı cezai şart geçerli değildir; Y. 9.HD, T.26.06.1997, E.1997/10135, K.1997/13040, GÜNAY, Şerh, s.300; Aynı yönde; Y. 9HD, T. 17.11.1992, E. 1992/8777, K. 1992/12603, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2008; Y. 9HD, T. 29.12.1997, E. 1997/18230, K. 1997/22730 Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2008; Y. 9HD, T. 24.4.1996, E. 1995/35258, K. 1996/9448, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2008; Y. 9HD, T. 3.6.1997, E. 1997/7529, K. 1997/10660, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2008 Y. 9HD, T. 16.9.1994, E. 1994/6706, K. 1994/12103, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 06.08.2008

işçiyi koruma ilkesi yer almaktaydı. Ancak doktrinde Yargıtay'ın bu konudaki katı görüşü eleştirilmiştir. Yargıtay görüşünü değiştirdiği 2000 tarihli bir kararı ile eğitim giderleri karşılığı olarak işçi aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştırılabileceğine hükmetmiştir³⁸³. Anılan kararda cezai şartın belli bir nedene bağlı olarak öngörülmesi durumunda işverenin eğitim masraflarını talep etmekte haklı menfaatinin olduğu kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme; eğitimin niteliği, maliyeti, süresi ve işçinin bağlanma süresinin katlanılabilir nitelikte olup olmadığına göre cezai şartı denetime tabi tutmaktadır.

Yargıtay bu tür sözleşme hükümlerini teknik olarak cezai şart olarak nitelendirmişse de cezai şartta işverenin zararını ispatlamasını aramakta ve böylelikle cezai şart kavramını İş Hukukunun kendine özgü niteliğine göre yorumlamaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre, işçinin ödemesi gereken miktar işverenin ileri sürdüğü faturalar, belgeler ve kayıtlar ve işçinin iddialarına göre bilirkişi tarafından incelenerek hesaplanmalıdır. Ayrıca işçi eğitimden sonra çalışması gerek sürenin bir kısmını tamamlamış ise işçinin çalıştığı ve çalışması gereken süreler oranlanarak bir indirime gidilmelidir. Yargıtay cezai şartın fahiş olması durumunda fahiş cezai şartın re'sen indirilmesi yönündeki görüşünü eğitim giderleri yönünden de sürdürmüştür.

Uygulamada, işverenin eğitim kurumuna yaptığı ödemeleri, eğitimde kullanılacak malzemeler için yapılan masrafları, ulaşım masraflarını, konaklama giderlerini, işçiye eğitim dolayısıyla sağlanan ek mali destekleri cezai şart ile birlikte işçiden talep edebileceği ancak eğitim süresince işçiye ödenen ücretin geri istenemeyeceği karara bağlanmaktadır.

İşverenin iş sözleşmesini kusuru olmaksızın feshetmesi ya da işverenin kusuru nedeni ile iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesi halinde işverenin cezai şart talep edemeyeceği yönündeki kararları ile cezai şartın hangi hallerde muaccel hale geleceği konusunda yerinde bir kusur ayırımına gidildiği görülmektedir.

Yargıtay'ın iş sözleşmesinde eğitim gideri nedeni ile cezai şart kararlaştırılması halinde işverenin haklı menfaatleri gereği cezai şart hükümlerini tek taraflı kabul etmeyen görüşü yerindedir. Ancak konu ile ilgili iş mevzuatında herhangi bir kanuni düzenleme olmadığı için uygulamaya yol gösterici olması açısından daha ayrıntılı gerekçelere yer verilmesi uygun olacaktır.

³⁸³ Y. 9.HD, T.29.3.2000, E.2000/507, K.2000/4100, GÜNAY, Şerh, s.405-406.

II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ VE CEZAI ŞART

A. Genel Olarak Rekabet Yasağı

Gelişen teknoloji ile birlikte işletmelerdeki yenilikler, üretim tekniği ve iş organizasyonu çeşitlenmekte ve işletmeden işletmeye farklılıklar göstererek ilerlemeye devam etmektedir. İşletmedeki görevleri dolayısı ile işçiler de çalıştıkları işletmenin üretim tekniği, iş organizasyonu ve müşteri çevresi ile ilgili bilgiler edinir. İşçi sadakat yükümlülüğü gereği, işyerine ve işverene ait öğrenmiş olduğu ve sır olarak nitelendirilebilecek bilgileri üçüncü kişilere açıklamamakla yükümlüdür. İşçi işten ayrıldığı takdirde o işletmenin üretim bilgileri ile ilgili bilgi birikimini rekabet piyasasında yeni işvereni yanında ya da tek başına kullanarak eski işvereni önemli zararlara uğratabilir. İşverenin bu noktada, işçinin işletmede elde ettiği özel bilgileri iş ilişkisi sona erdikten sonra işvereni zarara uğrama tehlikesini bertaraf etmek için rekabet yasağı sözleşmesi yapmak da haklı menfaati bulunmaktadır³⁸⁴.

Rekabet yasağı 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak Borçlar Kanunu 348-352 maddeleri arasında rekabet yasağına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun 348. maddesine göre; "İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapamamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair sıfatla alakadar olamamasını, şart edebilirler. Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanınmasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hissölunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise caizdir".

Rekabet yasağı işçinin sadakat borcundan kaynaklanır³⁸⁵. Kanun koyucu bu düzenleme ile işverenin sözleşme ile işçinin çalışma alanına ve imkanlarına keyfi bir sınırlama getirmesini önlemek istemiş ve hangi hallerde işverenin rekabet yasağı sözleşmesi imzalamakta önemli bir menfaatinin olduğunu hükme bağlamıştır.

³⁸⁴ SOYER, Rekabet Yasağı, s.47; SÜZEK, İş Hukuku, s.277; ÇELİK, İş Hukuku, s.127; MOLLAMAHTOĞLU, İş Hukuku, s.241; UŞAN Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003, s.3; UŞAN Fatih, İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Nisan 2005, S.38, s.99-100.

³⁸⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.276; ZEVLİLER/HAVUTÇU, s.297-298; DÖNMEZ Kazım Yücel, İşçinin Borçları, s.205.

İşveren, bu yasal düzenleme karşısında rekabet yasağı sözleşmesinden işçiyi sadece işyerine bağlamak amacıyla yararlanamayacaktır. Örneğin, işveren işçiye verdiği eğitimin karşılığı olarak yaptığı masrafları güvence altına almak için işçiye mecburi çalışma süresi belirleyerek rekabet yasağı sözleşmesi yapamaz³⁸⁶.

İş sözleşmesinde işçi, işverene göre zayıf durumda bulunduğu için, kanun, iş sahibinin haksız menfaatler sağlayarak işçiyi ezmesini önlemek amacıyla iş sözleşmesine eklenecek rekabet yasağı hakkındaki hükümleri özel bir şekilde düzenleme gereğini duymuştur. Borçlar Kanunu 348-352 düzenlemesinin getirdiği hükümler, sadece iş ilişkisi süresince yapılan rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanabilirler³⁸⁷. İşçiyi korumaya yönelik olan bu maddede yazılı olan sınırlamalar, işçiyi koruma düşüncesi ile diğer sözleşmelere uygulanamazlar³⁸⁸.

Rekabet yasağının sözleşme ile kararlaştırılması gerekir. Borçlar Kanunu'nun 350. maddesine göre; rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve belirli bir iş, yer ve süre ile sınırlandırılması zorunludur. Yazılı şekil şartı geçerlilik şartıdır ve şekil şartına aykırılık bir butlan sebebidir³⁸⁹. Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olması için yazılı şekilde yapılması gerektiği için geçerliliği asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlı olan cezai şartın da asıl sözleşme gibi yazılı şekilde yapılması zorunludur³⁹⁰.

Kanun koyucu Borçlar Kanunu'nun 348/3 maddesinde işçinin rekabet yasağı sözleşmesi yapıldığı sırada reşit olması gerektiğini düzenlemiştir. Bu nedenle rekabet yasağı sözleşmesinin yapılması sırasında işçinin reşit olmaması veya rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin kanuni temsilcisi ile yapılması halinde sözleşme ve cezai şart geçersiz olacaktır. Kanun yer hangi bir yaş sınırlaması yapmadığı için reşit kişi kavramı Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenecektir. Medeni Kanun'un 11/I. maddesine göre; erginlik on sekiz yaşın doldurulması ile başlar ve maddenin 2.

³⁸⁶ SOYER, Rekabet Yasağı, s.48.

³⁸⁷ YAVUZ Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, 2006, s.276.

³⁸⁸ VELİDEDEOĞLU H.V, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, 1987, s.561.

³⁸⁹ SOYER, Rekabet Yasağı, s.44.

³⁹⁰ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.61; EREN, s.1171; GÜNAY, Cezai şart, s.87; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.344.

fikrasına göre evlenme kişiyi ergin kılar. Kanununun 12.maddesine göre kişi hâkim kararı ile (örneğin; yaş düzeltim kararı ile) reşit hale gelir.

Rekabet etmeme koşulunun işçinin iktisadi geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye sokmaması gerekir. Örneğin; rekabet yasağı sözleşmesinde işçinin yer ile sınırlı olmaksızın ve makul olmayan bir süre ile o işyerinden başka işyerinde çalışmayacağına kararlaştırılması halinde rekabet yasağı sözleşmesinin ve buna bağlı olan cezai şartın geçerli olduğundan bahsedilemeyecektir³⁹¹.

Rekabet yasağını daha etkili hale getirmek ve işçinin yasağa uymasını sağlamak için sözleşmeye koyulan cezai şart kaydında işveren zararı ispatlamak zorunda kalmaksızın cezai şartı talep edebilir³⁹². Yargıtay, eğitim giderleri karşılığı olan cezai şartta olduğu gibi rekabet yasağı sözleşmesinde yer alan cezai şartta da, sözleşmedeki cezai şart miktarının işverenin zararından aşkın olması halinde Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi gereği indirimine gidilmesi gerektiğine karar vermektedir. Doktrinde de, işverenin uğradığı zarar miktarının cezai şartın indirilmesinde dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır. Böylelikle, yasağa uymama halinde muaccel olacak olan cezai şartın hâkim tarafından sınırlandırılarak işçinin iktisadi geleceği de korunur³⁹³. Cezai şartın fahiş olup olmadığı belirlenirken; işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra eski işyerine yakın bir yerde aynı türden işyeri açması³⁹⁴, eski işverenin rakip işletmesinde çalışması, sözleşmenin türü ve süresi, borçlunun kusurunun ağırlığı, alacaklının menfaati, tarafların ekonomik durumu dikkate alınır³⁹⁵. İşveren, eğer kararlaştırılan cezai şarttan fazla zararının olduğunu iddia ederse, aşkın zararını ispat ederek Borçlar Kanunu 351/2 maddesine göre aşkın zararı da talep edebilir. Ancak bunun için işverenin uğradığı zararın cezai

³⁹¹ "Sözleşme davacının ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı şekilde tehlikeye girmesini yasaklayacak ölçülerde şart edilmemiş ve mahal ve çalışma alanı kapsamında normalin üzerinde sınırlamalar getirilmiştir. "Türkiye'de ki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder" biçimindeki düzenleme iki yıl süre ile sınırlı olarak getirilmiş ise de, Türkiye'deki tüm bankaları kapsaması bakımından mahal ve banka açısından bir sınır söz konusu olmadığı için davacı bankacının geleceği bakımından ağır sonuçları beraberinde getirecek bir düzenleme olarak kabul edilmelidir. Rekabet yasağının bu yönden geçersiz sayılarak sonuca gidilmesi gerekir". Y.9HD, T.06.07.1999, E.1999/8262, K.1999/12073, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

³⁹² **SOYER**, Rekabet Yasağı, s.80; **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, s.61; **KILIÇOĞLU** Mustafa, İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulamaları, Ankara 2005, s. 759

³⁹³ **SOYER**, Cezai Şartın Geçerliliği, s.83.

³⁹⁴ **TUNÇOMAĞ**, Cezai Şart, s.147.

³⁹⁵ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s.83.

şart miktarını aştığını ve işçinin rekabet etmeme borcuna aykırı davranışta kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekir³⁹⁶.

B. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Unsurları

Kanun koyucunun rekabet yasağını düzenlediği Borçlar Kanunu'nun 348-352 maddelerinde bu sözleşmenin hangi unsurları taşıması gerektiği yer almaktadır. Geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinden söz edilebilmesi için; işçinin müşteri çevresine ve iş sırlarına nüfuz etme imkânının bulunması ve iş sırrını sadakate aykırı olarak kullanarak işvereni zarara uğratma tehlikesinin varlığı gereklidir.

1. Müşteri çevresi ve işçinin müşteri çevresine nüfuzu

Borçlar Kanunu'nun 348. maddesindeki “müşterileri tanıma” ifadesi; işçinin işverenin müşteri çevresine nüfuz etme imkanının olması anlamında anlaşılmalıdır. İşçinin, müşterileri ismen tanıması yeterli olmayıp işçinin müşterilerin istek ve ihtiyaçları hakkında bilgi sahibi olmasını sağlayan bir ilişki içine girmiş bulunması gerekir³⁹⁷. İşverenin ancak bu durumda müşteri çevresinin korunmasında haklı menfaate sahip bulunabilir³⁹⁸.

2. İşçinin iş sırlarına nüfuzu

Borçlar Kanunu'nun 348. maddesinde iş sırlarına nüfuz eden işçi hakkında rekabet yasağı kararlaştırılabileceği düzenlenmiştir. Rekabete konu olabilecek iş sırrının ise; işletme ile ilgili olması, işletme ile ilgili bilginin sadece belirli bir çevre tarafından biliniyor olması ve bilginin kolaylıkla öğrenilemeyecek olması gerekir. Tüm bunların yanında işverenin de belirtilen niteliklerdeki işletmesel bilgiyi gizli tutma iradesine sahip bulunması gerekir³⁹⁹. Ayrıca işletmesel bilgi, sadece o

³⁹⁶ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s.85; **BİLGE**, s.242; **UŞAN**, s.268.

³⁹⁷ “Davalı işçinin yaptığı görevi itibarı ile davacı işverenin müşterilerini tanımak veya işlerin esrarına nüfuz etmek gibi Borçlar Kanununun 348 maddesinde belirtilen bir konunun bulunup bulunmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi için belirtilen hususların varlığı gerekir. Mahkemece, taraflardan bu yönde delilleri sorularak, gerekirse konunun uzmanı olan bir bilirkişiden belirtilen hususlarda bir rapor alınmalıdır.” Y.9.HD, T. 08.06.2004, E.2003/18581, K.2004/14299; Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası

³⁹⁸ **SOYER**, Rekabet Yasağı, s.52;

³⁹⁹ “Somut olayda, davacı bankada müfettiş yardımcısı olarak görev yapan davalının, ne tür bir ticari sırı vakıf olduğu ve bu bilgilerin kullanılmasının işverene önemli bir zarar verip vermediği

işletmeye özgü olmayıp benzer nitelikteki işletmelerde de kullanılabilir olan bilgilerden olmalıdır⁴⁰⁰.

3. İşverenin önemli bir zarara uğraması ihtimalinin varlığı

Kanun koyucu, işçiyi koruma düşüncesi ile işçinin salt iş sırlarına, müşteri çevresine nüfuz etmiş olmasını yeterli saymamış işçi tarafından işletmedeki bilgilerin kullanılması sonucunda işverenin önemli bir zarara uğrama ihtimalinin bulunması şartının da gerçekleşmesini aramıştır. Uyuşmazlık halinde işverenin somut zararı ispat zorunluluğu olmayıp, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte işçinin elde ettiği bilgileri kullanarak işverene önemli bir zarar vermesinin imkan dahilinde olup olmadığının belirlenebilmesi yeterlidir⁴⁰¹.

C. İşçinin Rekabet Yasağı Sözleşmesi Nedeni ile Cezai Şart Ödemesi

Rekabet yasağı sözleşmesi ile belirlenen cezai şart niteliği itibarı ile ifa yerine cezai şart(dönme cezası)tır. Sözleşmeye aykırı davranışın gerçekleşmesi ile muaccel hale gelir. Rekabet yasağı sözleşmesi hükümlerini sözleşmenin sona ermesinden sonra doğurur. Rekabet yasağına aykırı hareket eden işçi işverenin uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır.

Borçlar Kanununun 352. maddesinin 2. fıkrasında, "iş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yok iken akdi feshetmiş yahut iş sahibinin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla akit işçi tarafından feshedilmiş ise, işçi aleyhine memnuiyete muhalefetinden dolayı dava ikame edilemez" şeklinde kurala yer verilmiştir. Anılan hükme göre, davacı işverenin rekabet yasağına aykırılık sebebiyle

hususunun açıklığa kavuşturulması için araştırma yapılması gereklidir" YHGK, T.22.09.2008, E.2008/9-517, K.2008/566, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.01.2009.

⁴⁰⁰ SOYER, Rekabet Yasağı, s.54-56; "Davalı davacıya ait işyerinde proje mühendisi olarak çalışmış olup yaptığı görev işyeri sırlarını bilebilecek niteliktedir. Davalının iştiğal kapsamı ile davacının yeni girdiği işyerinin çalışma sahası birbirine benzemektedir. Bu nedenle cezai şartın kabulüne karar verilmesi gerekir". Y. 9.HD, T.19.02.2007, E.2006/19491, K.2007/4131, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.01.2009.

⁴⁰¹ SOYER, Rekabet Yasağı, s.58; SÜZEK, İş Hukuku, s.277, NARMANLIOĞLU I, s.208

dava açabilmesi için işçinin kusuru ile haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmiş olması gerekir⁴⁰².

İş sözleşmesi işçinin kusurlu davranışı nedeni ile işveren tarafından feshedilirse rekabet yasağı ile ilgili cezai şart alacağı mevcudiyetini korur. Ancak, işveren iş sözleşmesini işçinin kusuru olmaksızın haklı neden ile feshederse (sağlık sebepleri, zorlayıcı sebepler) cezai şartın talep edilip edilemeyeceği konusu doktrinde tartışmalıdır. Birinci görüşe göre; iş sözleşmesi işçinin kusuruna dayanmayan sebepler ile haklı nedenle feshedilmişse rekabet yasağına dayanan cezai şart alacağı talep edilemez⁴⁰³. Diğer görüşe göre ise; bu gibi durumlarda dahi rekabet yasağı sözleşmesi geçerliliğini korur⁴⁰⁴.

Kanımızca, işçinin uzun süreli hastalığı, zorunlu sebepler nedeni ile sözleşmenin sona ermesi halinde işçiye yükletilebilen bir kusur olmasa da rekabet yasağı sözleşmesi mevcudiyetini devam ettirir. Çünkü işçi, uzun süreli hastalığında ve yahut zorunlu sebepler nedeni ile fesihle dahi işverenin iş sırlarını kullanarak işvereni zarara uğratabilir. Rekabet yasağının temelinde işçinin sadakat borcu yer alır ve işçinin sadakat borcu bu hallerde dahi devam eder. Elbette ki, işçi için öngörülen rekabet yasağı belli ve fesih nedeni ile orantılı bir süre ile sınırlandırılmalıdır.

İşçinin iş sözleşmesini işverenin kusuruna dayanan haklı bir nedenle feshetmesi halinde rekabet yasağı ile öngörülen cezai şart da geçersiz olacak ve işveren cezai şart talep edemeyecektir. İşçi, iş sözleşmesini işverenin kusuru olmaksızın haklı nedenle feshederse (iş şartlarının işçinin sağlığını tehlikeye

⁴⁰² “Davacı işverenin rekabet yasağına aykırılık sebebiyle dava açabilmesi için işçinin kusuru ile haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmiş olması gerekir. Somut olayda davacı işveren, davalı işçinin iş sözleşmesinin feshinde işçinin kusuruna dayanmamıştır. Davalının iş sözleşmesinin işçinin yasal hakları ödenmek suretiyle feshedildiği, işverenin de kabulündedir. Böyle olunca, Borçlar Kanunu hükmü davacı işverenin rekabet yasağı sözleşmesi sebebiyle tazminat isteğinin reddine karar verilmesi gerekir.” Y.9.HD, T. 03.04.2007, E.2007/913, K.2007/9258, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası(www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi. 04.01.2009; **DÖNMEZ**, s.245vd.

⁴⁰³ **TUNÇOMAĞ**, İş Hukuku, C.I, s.506; **BİLGE**, s.244; **UŞAN** Fatih, Mercek, s.112; **SOYER**, aynı sonucu farklı gerekçe ile savunmaktadır. **SOYER**’e göre; yasa koyucunun amacı işçinin şahsı ile ilgili beklenmeyen hallerden sorumlu tutulmaması ve işçinin iktisadi geleceğini hakkaniyet ile bağdaşmayacak ölçüde sınırlandırmamak olduğu için uzun süreli kusursuz hastalık gibi beklenmeyen hal nedeni ile sözleşmenin feshinde rekabet yasağı hükümsüzleşecektir. **SOYER**, Rekabet Yasağı, s.103.

⁴⁰⁴ **UŞAN**, s.278.

düşürmesi) işçinin rekabet etmeme borcu devam eder ve borca aykırılık halinde işveren cezai şartı talep edebilir⁴⁰⁵.

İşçi iş ilişkisini şahsi sebepler ile sona erdirdiği takdirde rekabet yasağına uymakla yükümlü olup aksi takdirde cezai şart ödemekle yükümlü olacaktır⁴⁰⁶.

Borçlar Kanunu'nun 352/1 maddesine göre, rekabet yasağının devamında işverenin gerçek bir menfaati bulunmadığı takdirde rekabet yasağı ve cezai şart sona erer. İşverenin önemli bir zarara uğrama tehlikesinin kalmaması durumunda da rekabet yasağı sözleşme sinin devamında işverenin menfaati kalmayacaktır. Ancak, uyumsuzluk halinde işverenin menfaatinin kalmadığını ispat yükümlülüğü bunu iddia eden işçiye düşecektir⁴⁰⁷.

İş sözleşmesinde işçinin masrafları işveren tarafından karşılanan kalifiye bir eğitim karşılığında belli bir hizmet süresi ile işyerinde çalışma yükümlülüğü getirilmiş ve aksi halde cezai şart ödenmesi kararlaştırılmış olabilir. Bunun yanında aynı iş sözleşmesi ile işçinin aldığı eğitim ile birlikte vakıf olduğu işyeri sınırlarını ifşa etmemesi ve işletmenin zarara uğramaması için de cezai şart düzenlenmiş olabilir. Kanımızca, böyle bir durumda karşılıklı menfaatler ve yükümlülükler göz önünde tutularak işverenin her iki cezai şartı talep etmesi mümkündür. Keza, her iki cezai şart için işverenin haklı menfaati vardır ve işçi borca aykırı davranışı nedeni ile cezai şart ödemekle yükümlü olacaktır. Ancak, iki cezai şart toplamının fahiş olması halinde her sözleşme ilişkisinde olduğu gibi burada da Borçlar Kanunu 161/son maddesi gereğince indirim yoluna gidilmelidir.

⁴⁰⁵ SOYER, Rekabet Yasağı, s.107; UŞAN, s.280.

⁴⁰⁶ “Davacı ile davalı arasındaki hizmet sözleşmesinde yer alan ve kendi isteği ile ayrılan personelin, ayrıldığı tarihten itibaren 6 ay süresince şirketin izni olmadan, şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde ve çalışma konusuna giren bir işte çalışmayacağını öngören özel şart hukuki olarak geçerlidir”. Y.9.HD, T. 18.05.1999, E.1999/5784, K.1999/9049, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁰⁷ SOYER, Rekabet Yasağı, s.98; UŞAN, s.275.

SONUÇ

Çalışmamızda iş ilişkisinde eğitim karşılığı kararlaştırılan cezai şart hükümlerinin geçerliliğini doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları ışığında inceledik. Bu inceleme neticesinde ulaştığımız sonuçları şöyle özetleyebiliriz.

Cezai şart, asıl alacağa bağlı ferî bir alacak olup geçerliliği ve muacceliyeti asıl sözleşmenin geçerliliği ve muacceliyetine bağlıdır. Cezai şartın talep edilebilmesi için zarar ispatı gerekmediği için alacaklıya ispat kolaylığı sağlar.

İş Kanunu'nda cezai şarta ilişkin hükümler düzenlenmemiş olup iş ilişkisinde cezai şart hükümlerinin geçerliliği ve denetimi doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları doğrultusunda oluşmuştur.

Kural olarak, iş sözleşmesinde işçi aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştırılmaz. Bu kuralın temelinde sosyal devlet ilkesi ve güçsüzü koruma düşüncesi yatar. İşverenin haklı menfaatinin olduğu bazı durumlarda ise işçi aleyhine tek taraflı cezai şart hükmü bireysel iş sözleşmesi ile ya da toplu iş sözleşmesi ile getirilebilir. Örneğin; işveren büyük masraflar yaparak işçisini daha kalifiye hale getirmek için eğitime tabi tutmuş ve karşılığında işçi için belli süre işyerinde çalışma mecburiyeti getirmiş olabilir. Bu durumda işverenin yaptığı masrafların karşılığı olarak işçiyi belli bir süre işyerine bağlamakta haklı menfaati bulunmaktadır. İşçinin fesih hakkı cezai şart ile sınırlandırılmış olsa da bu yöndeki sözleşme hükmü geçerlidir.

Taraflar arasında eğitim gideri karşılığı olarak belirlenen cezai şart, Borçlar Hukuku anlamındaki cezai şarttan oldukça farklılaştırılmıştır. Borçlar Kanunu'na göre; cezai şart zarar koşulundan arî olarak talep edilebilecekken iş hukukundaki uygulamaya göre; uyuşmazlık halinde alacaklının cezai şartın dayanağını oluşturan hukuki işleme ilişkin masraflarını genel ispat kuralları çerçevesinde ispatlaması aramaktadır.

Sözleşmede yer alan cezai şart kaydının denetiminde; işverenin haklı menfaati olup olmadığı, eğitimin süresi, eğitimin niteliği ve işçinin bağlanma süresinin katlanılabilir olup olmadığı dikkate alınacaktır. Böylelikle işverenin işçiye verilmesi zorunlu olan bir eğitim için dahi cezai şart kararlaştırıp iş sözleşmesine bir cezai şart hükmü ekleyerek işçinin fesih hakkını haksız yere sınırlaması önlenmiş olacaktır.

Cezai şart iş sözleşmesi ile veya toplu iş sözleşmesi ile düzenlenebilir. Belirli süreli iş sözleşmesinde süreden önce fesih hali için cezai şart kararlaştırılması özellik arz eder. Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre; işveren iş sözleşmesini süreden önce sona erdirmesi halinde işçiye bakiye ücret alacağını ödemek zorundadır. Ancak işçinin belirli süreli iş sözleşmesini süresinden önce feshetmesi halinde işverenin hangi hukuki yola başvurabileceği kanunda düzenlenmemiştir. Uygulamada çıkarlarını güvence altına almak isteyen işverenlerin belirli süreli iş sözleşmesine sözleşmenin süresinden önce feshi halinde işçinin işverene cezai şart ödemekle yükümlü olacağına ilişkin düzenlemeler getirdiği görülmektedir. Belirli süreli iş sözleşmesinde işçi Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi ile korunmaktadır. İşverenin de sözleşme ile cezai şart kararlaştırarak kendi menfaatlerini hukuki korumaya almakta haklı menfaati bulunmaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işçi tarafından fesh edilmesi halinde işçinin cezai şart ödemek ile yükümlü olacağını kararlaştırılması halinde sözleşme hükmü tek taraflı kabul edilmemelidir. Keza, işverenin de aynı şekilde belirli süreli iş sözleşmesini süreden önce feshi halinde işverenin ödeyeceği bir tazminat tutarı kanunen kararlaştırılmıştır. Ancak, uyuşmazlık halinde cezai şartın denetimi yapılırken cezai şartın fahiş olup olmadığı değerlendirilmeli ve gerekirse Borçlar Kanunu 161/son hükmü gereği indirim yapılmalıdır. İndirim yapılırken cezai şartın işverenin iş sözleşmeyi feshetmesi halinde işçiye ödeyeceği bakiye süre ücret alacağı ile dengeli olması dikkate alınmalıdır.

Deneme süreli iş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılabilir; ancak cezai şart deneme süresi bittikten sonra hüküm doğuracaktır.

Toplu iş sözleşmesi ile de cezai şart kararlaştırılarak tarafların fesih hakkı sınırlanabilir. Toplu iş sözleşmesi yapma hakkı anayasal bir hak olup tarafların özerkliğine dayanır. Toplu iş sözleşmesinin tarafları işçi sendikası ile işveren veya işveren sendikası olup toplu iş sözleşmesinin hazırlanması sırasında iş sözleşmesinin tersine güçsüz konumda olan işçi değil, işçinin haklarını savunma taleplerini ortaya koyma yetkisi bulunan işçi sendikası bulunmaktadır. Toplu iş sözleşmesindeki cezai şartın fahiş olması durumunda, toplu iş sözleşmesi özerkliğine müdahale edilmemeli ve karşılıklı olarak müzakere edilen cezai şart kaydı hakim müdahalesi ile indirime tabi tutulmamalıdır.

Cezai şart, işçinin sözleşmeyi haklı bir neden olmaksızın feshetmesi, işverenin haklı neden ile sözleşmeyi feshetmesi halinde muaccel olacak ve işçi bağlanma süresine uymadığı için feshin sonuçlarından biri olan cezai şartın sonuçlarına katlanacaktır.

İşçi sadakat ve sır saklama borcuna riayet etmeyerek rekabet yasağına aykırı davranırsa sözleşme ile kararlaştırılan cezai şartı ödemekle yükümlü olacaktır. Bu yöndeki sözleşme hükümlerinin denetiminde; işçinin meslek sırlarına nüfuz edip etmediği, işçinin müşteri çevresinde nüfuz sahibi olup olmadığı, işyeri sırrının başkaları tarafından işverenin zararına kullanılabilecek ve iş piyasasındaki benzer işyerlerinde kullanılabilecek bir bilgi niteliğinde olması gerekir.

Rekabet yasağına aykırılık halinde ödenmesi kararlaştırılan cezai şart hükmü ile işçinin ekonomik durumunu ve çalışma hakkını aşırı derecede sınırlayacak şekilde olamaz. Bu nedenle rekabet yasağı yer, zaman, süre, iş türü açısından sınırlandırılmalıdır. Uyuşmazlık halinde cezai şartın fahiş olması halinde Borçlar Kanunu'nun 161/son hükmüne göre indirim yapılabilecektir.

Cezai şarta ilişkin genel düzenleme Borçlar Kanunu'nun 158-161 maddelerinde yer alır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda ise cezai şart ile ilgili yasal düzenleme yer almamaktadır. Mevcut Borçlar Kanunu Tasarısında ise cezai şart kavramı ceza koşulu olarak Türkçeleştirilmiş olup tasarının genel hükümlerinde cezai şart düzenlendikten sonra hizmet sözleşmesinin düzenlendiği altıncı bölümde hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olduğu emredici olarak düzenlenmiştir. Tasarının bu hükmü ile eğitim giderleri karşılığı olarak cezai şart kararlaştırılmasında işverenin haklı menfaati olduğu ve bu hükümlerin tek taraflı olmadığı yönündeki doktrindeki görüş birliği ile oluşan yerleşik uygulamalarına tamamen aykırı bir emredici düzenleme getirilmiştir. Bu konuda mevcut yasal düzenlemede olduğu gibi cezai şart ile ilgili hükümlerin genel hükümlerde düzenlenmesi ve iş ilişkisinde cezai şarta yer verilmeyerek süregelen uygulamanın devam etmesi sağlanarak bir sonuca gidilebilir. İkinci bir çözüm yolu olarak ise; mevcut uygulamanın yasalaştırılması amaçlanıyor ise; iş ilişkisinde tek taraflı cezai şartın haklı nedenin bulunması halinde geçerli olacağı belirtilerek mutlak emredici hükmün katılığı kaldırılması olacaktır.

KAYNAKÇA

AKTAY Nizamettin/ARICI Kadir/SENYEN KAPLAN E.Tuncay, **İş Hukuku**, Ankara 2007.

AKYIĞIT Ercan, **İş Hukuku**, Ankara 2005.

AKYIĞIT, **İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi**, Ankara 2001.

ALP Mustafa, **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Ankara 2005.

ALPAGUT Gülsevil, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, Ankara 1998.

ALPAGUT Gülsevil, **Ferdi İş İlişkisinin Sona ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2001**, İstanbul 2003.

ALPAGUT Gülsevil, "4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi", **Mercek**, Ocak 2004. (4857 Sayılı Kanun)

ARICI Kadir, Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması, **Gazi ÜHFD**, C.I, S.I, Haziran 1997. (Cezai Şart)

ARKAN Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2003.

BAŞBUĞ Aydın, **Türk Hukukunda Disiplin Cezaları**, Ankara 1999, s.60. (Disiplin Cezaları)

BAŞBUĞ Aydın, "Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai şarttan İndirim", Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, **KAMU-İŞ**, 2003, C.7, S.2.(Cezai Şarttan İndirim)

BİLGE Necip, **Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri**, Ankara 1971.

BOZKURT H. Argun, **İş Davaları**, Ankara 2001.

CENTEL Tankut, **İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku**, İstanbul 1994.

ÇANKAYA Osman Güven/ ÇİL Şahin, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Ankara 2006

ÇELİK Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul 2008.

ÇENBERCİ Mustafa, **İş Kanunu Şerhi**, Ankara 1986.

ÇENBERCİ Mustafa, **Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi**, Ankara 198.

ÇİL Şahin, **İş Hukukunda İbra Sözleşmesi**, Ankara 2006.

ÇİL Şahin, **İş Kanunu Şerhi**, Ankara 2007.

DEMİR Fevzi, **İş Güvencesi Hukuku**, İzmir 1999.

DEMİR Fevzi, **Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Ve Uygulaması**, İzmir 2001.
(İş Hukuku)

DÖNMEZ K. Yücel, **İşçinin Borçları**, Ankara 2000.

EKİNCİ Hüseyin, **Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart**, Ankara 2004.

EKMEKÇİ Ömer, **Ferdi İş İlişkisinin Sona ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1999**, İstanbul 2001.
(Değerlendirme Semineri 1999)

EKONOMİ Münir, **Belirli Süreli Hizmet Akdinin Susma İle Yenilenmesi-Zincirleme Hizmet Akitlerinin Oluşması- Belirsiz Süreli Hizmet Akdine Dönüşme ve Bildirimli Fesih- Cezai Şartın Uygulanması, Karar İncelemesi**, İHD, S.1-4, C.3, 1993, s.571

EKONOMİ Münir, “Deneme Süresinde Çalışan İşçiye Ücret Ödenmesi”, İHU, İş K.12 (No.1)

EKONOMİ Münir, **4857 Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuka Uygunluğu, (I) Kavram Süre ve Yenileme**, LEGAL İHSGHD, 2006/9. (Belirli Süreli)

EKONOMİ Münir, Belirli Süreli Hizmet Akdinin Susma İle Yenilenmesi- Zincirleme Hizmet Akitlerinin Oluşması- Belirsiz Süreli Hizmet Akdine Dönüşme ve Bildirimli Fesih- Cezai Şartın Uygulanması, Karar İncelemesi, İHD, S.1-4, C.3, 1993. (Cezai Şartın Uygulanması)

EKONOMİ Münir, “Deneme Süresinde Çalışan İşçiye Ücret Ödenmesi, İHU İş Kanunu m.12(No.1). (Deneme Süreli)

EKONOMİ Münir, **İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku**, 3. Bası, İstanbul 1984 (İş Hukuku)

EKONOMİ Münir, **Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1999**, İstanbul 2001.

EKONOMİ Münir, “Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Korunma Açısından Yargıtay Kararlarının Etkisi”, **Kamu-İş**, Ekim 1988. (Feshe Karşı Koruma)

EKONOMİ Münir, “İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkisine Etkisi”, **Turhan ESENER’e Armağan**, Ankara 2000.(İşyeri Devri)

ELBİR, “İş Hukukunda Yorum”, **İHD**, 1969, C.I.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2008.

ERTÜRK Şükran, “Türk ve Alman Hukukunda Belirli Süreli İş Akitlerine Genel Bir Bakış”, **Prof.Dr. Turhan ESENER’e Armağan**, Ankara 2000.

ESENER Turhan, **İş Hukuku**, Ankara 1978.

EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku; İstanbul 2006.

GÜNAY Cevdet İlhan, **İş Hukuku Yeni İş Yasaları**, Ankara 2005. (İş Hukuku)

GÜNAY Cevdet İlhan, **Şerhli İş Kanunu**, Ankara 2005.(Şerh)

GÜNAY Cevdet İlhan, **Cezai Şart (BK 158-161)**, Ankara 2002 (Cezai Şart)

GÜNAY Cevdet İlhan, **Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1999**, İstanbul 2001. (Değerlendirme Semineri 1999)

GÜZEL Ali, **Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1999**, İstanbul 2001

İNAN A. Naim/ ERTAŞ Şeref/ALBAŞ Hakan, **Miras Hukuku**, İstanbul 2003.

KARAGÖZ Veli, **İş Sözleşmesinde Cezai Şart**, Ankara 2006. (İş Sözleşmesinde Cezai Şart)

KARAGÖZ, Karar İncelemesi, <http://www.e-akademi.org/icerik.asp?kategori=Makale&kid=1&git=15>, Erişim Tarihi: 30.11.2006.

KARAHASAN Mustafa Reşit, **Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Öğreti Yargıtay Kararları**, Ankara 2003. (Sorumluluk Hukuku)

KARAHASAN Mustafa Reşit, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Öğreti Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat**, C.II., İstanbul 2003.

KAPLAN, İbrahim, “Sözleşmenin Hakim Tarfindan Yorumu”, **Prof.Dr. Yaşar KARAYALÇIN’a 65. Yaş Armağanı**, Ankara 1988.

KAPLAN Emine Tuncay, **İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları**, Ankara 1987.

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2007.

KILIÇOĞLU, Mustafa, **İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulamaları**, Ankara 2005.

KOCAAĞA, Köksal, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Ankara 2003.

KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.III, İstanbul 2001.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, **İş Hukuku**, Ankara 2005.

NARMANLIOĞLU, Ünal, **Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshe Karşı Korunması**, “İktisadi, Sosyal ve Uluslar arası Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması”, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002 (İşçinin Feshe Karşı Korunması)

NARMANLIOĞLU Ünal, **Ferdi İş İlişkisinin Sona ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2000**, Ankara 2002 (Değerlendirme Semineri)

NARMANLIOĞLU Ünal, “Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı”, **Prof. Dr. Turhan ESENER’e Armağan, Ankara 2000**. (Belirli Süreli İş Sözleşmesi)

NARMANLIOĞLU Ünal, **İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri**, İzmir 2001. (NARMANLIOĞLU, I)

NARMANLIOĞLU Ünal, **İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri**, İzmir 2001. (NARMANLIOĞLU, II)

OĞUZMAN M. Kemal, **Ferdi İş İlişkisinin Sona ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1992, İstanbul 1994**. (Değerlendirme Semineri 1992)

OĞUZMAN M. Kemal, **Miras Hukuku**, İstanbul 1995.

OĞUZMAN M.Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul 2006.

ÖZDEMİR Erdem, “İş Hukukunda Eğitim Karşılığında Öngörülen Cezai Şart”, **Çalışma ve Toplum**,2005/1, S.4

ÖZKARACA Ercüment, **İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul 2008

POROY Reha/YASAMAN Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2001.

REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku**, İstanbul 1995.

SOYER M. Polat, **Genel İş Koşulları**, İzmir 1987. (Genel İş Koşulları)

SOYER Polat, “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara 2000. (Cezai Şartın Geçerliliği).

SOYER Polat, **Karar İncelemesi, Çimento İşveren**, Eylül 2000.(Karar İncelemesi).

SOYER M.Polat, **Rekabet Yasağı Sözleşmesi, BK md.348-352**, Ankara 1994. (Rekabet Yasağı).

SÖZER Ali, “Hamilelik ve İş Hukukundaki sonuçları”, **Adalet Dergisi**, Kasım-Aralık 1982, S.6.

SUR Melda, **Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1999**, İstanbul 2001.

SUR Melda, **Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil**, Ankara 1991.

SÜMER Haluk, **Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1997**, İstanbul 1999.

SÜMER Haluk, **İş Hukuku**, Konya 2004.(İş Hukuku).

SÜZEK Sarper, **Ferdi İş İlişisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1989, İstanbul 1991.**(Değerlendirme Semineri 1989).

SÜZEK Sarper, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Ankara 1976. (Fesih Hakkı).

SÜZEK Sarper, “İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”, Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL’a Armağan, **Kamu-İş** 2002, S.4 (Fesih Hakkının Sınırlandırılması)

SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, İstanbul 2006. (İş Hukuku)

SÜZEK Sarper, **İş Hukukunun Genel Esasları**, Ankara 1998. (Genel Esaslar)

SÜZEK Sarper, “İşyeri Uygulamaları”, Prof. **Dr. Kemal OĞUZMAN’a Armağan**, Ankara 1997, s. 152 (İşyeri Uygulamaları)

ŞAHLANAN Fevzi, **Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, “İktisadi,Sosyal ve Uluslar arası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması”, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı**, İstanbul 2003.

ŞAHLANAN Fevzi, **Ferdi İş İlişisinin Sona ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1999, İstanbul 2002.** (Değerlendirme 1999).

ŞAHLANAN Fevzi, **Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 1992 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1992**, İstanbul 1994.

ŞAKAR Müjdat, **İş Hukuku Uygulaması**, İstanbul 2003, s.90.

TAŞKENT Öner/ULUCAN Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, İstanbul 2005.

TAŞKENT Savaş, **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul 1991.

TEKİNAY, Selahattin S./AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1993.

TOPAL Güneş, **İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulandığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması**, Ankara 2008.

TULUKÇU Binnur, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması**, Ankara 2000.

TUNCAY Can, **Toplu İş Hukuku**, İstanbul 1999.

TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut, **İş Hukukunun Genel Esasları**, İstanbul 2005.

TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1993.

TUNÇOMAĞ Kenan, **Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar**, İstanbul 1990.

TUNÇOMAĞ, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul 1963.

TUNÇOMAĞ Kenan, “Borçlar Kanununa ve İş Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Meydana Gelmesi ve Hükümsüzlüğü”, **İHD**, C.I, S.2, Şubat 1969.

UŞAN Fatih, **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması**, Ankara 2003.

UŞAN Fatih, **İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi**, Mercek, Nisan 2005, S.38.

UYGUR Turgut, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, Ankara 1990.

UYGUR Turgut, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C.IV, Ankara 2003.

VELİDEDEOĞLU H.V, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Yargıtay Yayınları, 1987.

YAVUZ Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler**, 2006.

YENİSEY Kübra Doğan, **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, İstanbul 2007.

DÖNMEZ Kazım Yücel, **İşçinin Borçları**, Ankara 2000.

ZEVKLİLER Aydın/HAVUTÇU Ayşe, **Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2007.