

İŞVERENİN TACİR OLMASI DURUMUNDA CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Veli KARAGÖZ**

GİRİŞ

İşçinin iş sözleşmesinin zayıf tarafını oluşturması ve işverenin ekonomik ve sosyal olarak işçi karşısında güçlü konumu işçiye, dilediği şartlarla sözleşme hükümlerini kabul ettirme imkanı sağlamaktadır. İş ilişkisinde taraflar arasında sözleşme eşitliğinin bulunmaması, işçinin özel olarak korunması sonucunu doğurmuştur. Bu amaçla, çalışma mevzuatı özel olarak düzenlenmiş ve iş sözleşmesinin içeriğini belirleme özgürlüğü işveren aleyhine sınırlandırılarak, çalışma hayatının asgari standartları tespit edilmiştir. Bu cümleden olarak, Borçlar Kanununun 420. maddesi ile, işçi aleyhine tek taraflı cezai şart öngörülemediği açıkça düzenlenmiştir.

Oysa ceza koşulunun düzenlendiği Borçlar Kanununun 179 vd. maddelerinde sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında, taraflara cezai şart kararlaştırma, türünü ve miktarını belirleme yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte, cezai şartın özellikle talep edilmesinin zarara uğrama şartından bağımsız olmasının borçlu açısından önemli riskleri de beraberinde getirdiği aşikardır. Bu nedenle, Borçlar Kanunu m.182/son hükmü ile hakime aşırı gördüğü cezai şartı indirim yetkisi (görevi) tanınarak cezai şartın denetlenmesi ve böylelikle taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması amaçlanmıştır.

Bununla birlikte, TTK.nın 22. maddesi ile, tacir sayılan kişilerin cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceğine, dolayısıyla TBK. nın 182. maddesinin tacirler bakımından uygulanmayacağına ilişkin açık düzenleme yapılmıştır ki, anılan düzenleme de tacir olmaya bağlanan sonuçlar arasında yer almaktadır. Bununla birlikte, uygulamada işveren tacir olsa dahi, istisnai hallerde indirim uygulanmaktadır. Aynı uygulama iş sözleşmesinde işçi lehine cezai şart öngörülmüş olması durumunda da söz konusu olmaktadır.

* Erzinan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

İşverenin tacir olması durumunda işçi lehine öngörülen cezai şartın indirimine tabi tutulup tutulamayacağı tartışmaya açık bir husus olup, çalışma konumuzu oluşturmaktadır.

İş Kanununda, cezai şarta ilişkin olarak her hangi bir hüküm bulunmamakta olup, bu konuya ilişkin tek hüküm, Borçlar Kanununun işçi aleyhine tek taraflı cezai şart öngörülemeyeceğine ilişkin m. 420 hükmüdür. Borçlar Kanunu, İş Kanununa göre genel kanun niteliğinde olduğundan iş sözleşmesinde öngörülen cezai şarta ilişkin m. 420 hükmü İş Kanunu kapsamında yer alan iş sözleşmelerinde de uygulama alanı bulacaktır. Aynı ilişki Türk Ticaret Kanunu ile Borçlar Kanununun arasında da bulunmaktadır. Bu nedenle, işverenin tacir olması durumunda TTK. m.22 hükmü dışında kural olarak Borçlar Kanununun hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

Sonuç olarak, işverenin tacir olması durumunda, normal şartlarda işçi lehine öngörülen cezai şartın indirilmesini isteyememesi gerekmekte iken Yargıtay uygulamasının aksi yönde olması nedeniyle, konu üzerinde durulması gerekmiştir. Ayrıca anılan uygulamanın İş Hukukunun temel ilkelerinden olan işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkeleri ile ne ölçüde bağdaştığı da tartışmaya açık bir husustur. Çalışmamızda, öncelikle kısaca genel olarak cezai şart ve indirilmesi üzerinde durulmuştur. Bu kısımda cezai şartın miktarı ve indirilmesi konusu üzerinde önemi dolayısıyla biraz daha ayrıntılı durulmuştur. Devamında iş hukukunda cezai şart uygulaması ana hatlarıyla ele alınmış ve son olarak işverenin tacir olması durumunda cezai şartın indirilmesi konusu detaylı olarak incelenmiştir.

I-GENEL OLARAK CEZAI ŞART VE İNDİRİLMESİ

A- Cezai Şart Kavramı

Cezai Şartın düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu m.179-182 maddelerinde cezai şart tanımlanmamış olup, sadece hukuki sonuçlarına yer verilmiştir. Kanundaki düzenlemeler dikkate alındığında cezai şartı: Bununla birlikte, cezai şart şu şekilde tanımlanabilir: ““Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde

ödemeyi vaad ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir”¹.

Cezai şartın tanımından da anlaşılacağı, üzere sözleşmelerde cezai şarta yer verilmesinin temel nedeni, borçlu üzerinde baskı meydana getirmek suretiyle borcun ifasının garanti altına alınmasıdır². Aynı zamanda, cezai şart ile alacaklının alacağını ve borcun ifa edilmemesi nedeni ile uğraması olası zararını güvence altına almayı da amaçlanmaktadır³. Zira, cezai şart öngörülmemiş olması durumunda, alacaklının zarara uğradığını ve zarar miktarını ispat etmesi gerekmektedir. Alacaklının uğradığı zararı ispatı çok defa güç olduğundan, cezai şart yoluyla ispat külfetinden kurtulduğu gibi, aynı zamanda ifayı da bir ölçüde güvence altına almış olmaktadır.

Cezai şart, asıl borca bağlı fer’i borç niteliğinde olup, varlığı asıl borca bağlıdır⁴. Asıl borç mevcut olmadığı takdirde, cezai şarttan da bahsedilemez. Cezai şart muaccel hale geldikten sonra ise, bağımsız borç niteliği kazanır ve asıl borç ile olan fer’i borç ilişkisi sona erer. Bundan başka, cezai şartın muaccel olması için, asıl borcun da muaccel olması ve borçlu tarafından borcun ifa edilmemiş veya gereği gibi ifa edilmemiş olması gerekir⁵.

Cezai şartın muaccel olması bakımından, kural olarak borçlunun kusuru aranmayacaktır. Zira, Borçlar Kanununun 112. maddesinde, borca aykırı davranan borçlunun kusurlu olduğu karine olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle alacaklı sadece borca aykırı davranışı ispat etmek suretiyle cezai şartı talep edebilecektir. Bununla birlikte borçlu, borca aykırı davranışa

1 KARAGÖZ Veli, *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*, Ankara 2006, s.4-5; Ayrıca Bkz. TEKİNAY, Selahattin S. /AKMAN, Sermet /BURCUOĞLU, Haluk /ALTOP, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 1993, s.341; TUNÇOMAĞ Kenan, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, İstanbul 1963 s.6; EREN Fikret *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 2001, s.1133; OĞUZMAN m. Kemal/ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, İstanbul 2013, s. 518; KILIÇOĞLU Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17.Bası, Ankara 2013, s.771.

2 GÜNAY Cevdet İlhan, *Cezai Şart*, Ankara 2002, s.74; REİSOĞLU Safa, *Türk Borçlar Hukuku*, 23. Bası, İstanbul 2012, s.455; KARAGÖZ, s.4; CANSEL Erol/ÖZEL Çağlar, *Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu*, Yaşar Üniversitesi Özel Sayı, 8/2013, s.727; DEMİRTAŞ Sebla, *Cezai Şart*, İstanbul Barosu Dergisi, 2010/2, s.850.

3 REİSOĞLU, s.455; KILIÇOĞLU, s.711; CANSEL/ÖZEL, s.711.

4 TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.342; KILIÇOĞLU, s.576; KOCAAĞA Köksal, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart*, Ankara 2003, s.134; KARAGÖZ, s.9.

5 Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAGÖZ, s. 19-22.

kendi kusuruyla neden olmadığını ispat etmek suretiyle cezai şartı ödemekten kurtulabilir⁶.

Cezai şartın istenebilmesi, alacaklının zarara uğrayıp uğramamasına veya zararının miktarına bağlı değildir⁷. BK. m.180/1 hükmünde “Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.” şeklinde yapılan düzenleme ile bu husus vurgulanmıştır. O halde borcun hiç veya gereği gibi veya öngörülen yerde ve zamanda ifa edilmemesi durumunda, alacaklı zarara uğramamış olsa dahi, cezai şartı isteyebilecektir.

B- Cezai Şartın Miktarı ve İndirilmesi

1- Cezai Şartın Miktarı

Cezai şart tutarının belirlenmesi açısından, Borçlar Kanunu taraflara serbesti tanımıştır. Buna göre: “Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler”(m.182/1). Bununla birlikte, cezai şart borçlu açısından risk teşkil ettiğinden, aynı maddenin son fıkrasında “Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir”. hükmü ile hakime sözleşmeye müdahale etme imkanı tanınmıştır⁸.

Bununla birlikte, hakime tanınan aşırı cezai şarta müdahale yetkisinin, sözleşme serbestisi ilkesini tamamen ortadan kaldıracak şekilde kullanılmaması gerekir⁹. Son olarak, cezai şart ivaz niteliğinde bir edim olmadığından, aşırı nitelikteki cezai şart Borçlar Kanunu m.28 anlamında aşırı yararlanma oluşturmaz ve bu gerekçe ile cezai şartın iptal edilmesi mümkün değildir¹⁰.

⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.360; OĞUZMAN/ÖZ, s.881; KILIÇOĞLU, s.583; Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAGÖZ, s.26 vd.

⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.358; KARAGÖZ, s.28; “Cezai şartın miktarı alacaklının uğradığı zarara göre değil, taraflar arasındaki mukaveleye göre tayin olunur”. von TUHR Andreas, Borçlar Hukuku I-II, (Çev. Cevat EDEGE), 2. Bası, Ankara 1983. s.769.

⁸ TUNÇOMAĞ, Cezai şart, s.129-130; OĞUZMAN/ÖZ, s.883; KOCAAĞA, s.215-216; KARAGÖZ, s.30; ÇINAR Ömer, Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2009 Sayı 19, s.93; REİSOĞLU, s. 458; DEMİRTAŞ, s.851.

⁹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.141; KARAGÖZ, s.30.

¹⁰ von TUHR, s.770, dn.55; EREN, s.294,1142; KOCAAĞA, s.265; KARAGÖZ, s.30.

2- Cezai Şartın İndirilmesi

Taraflarca cezai şart miktarının serbestçe belirlenmesi, bazen zor durumda olan ve aşırı cezai şartı kabul etmek durumunda kalan borçlunun aleyhine sonuç doğurabilmektedir. Bunun yanında cezai şart tutarı, kişinin ekonomik açıdan mahvına neden olacak tutarda olmamakla birlikte, özellikle taraflar arasındaki menfaatler dengesi gözetildiğinde adalet ve hakkaniyet esaslarını zedeleyecek miktarlara ulaşabilmektedir. Cezai şartın zarardan bağımsız olduğu düşünüldüğünde, bazen uğranılan zarar ile kararlaştırılan cezai şart tutarı arasında da aşırı dengesizlik bulunabilmektedir. Bunun sonucunda, ekonomik açıdan zayıf olan tarafın hakkaniyete aykırı olarak zarara uğraması ve sömürülmesi de söz konusu olabilmektedir.

Anılan sakıncaları dikkate alan kanun koyucu, hakime aşırı gördüğü cezai şart tutarını indirme yükümlülüğü öngörmüştür (BK.m.182/son). Bu nedenle hakim, borçlunun talebi olmasa dahi aşırı gördüğü cezai şartı re'sen dikkate alarak indirebilir¹¹. Kanunda yer alan “*kendiliğinden indirir*” ifadesi de açıkça bu hususu vurgulamaktadır.

a- İndirim Şartları

Cezai şartın indirime tabi tutulması için şüphesiz aşırı olması gerekmektedir. Aşırılıktan ne anlaşılması gerektiği hususu aşağıdaki başlıkta ayrıca incelenmiştir. Burada, indirime başvurulabilmesi için gerekli olan temel husulardan ana hatlarıyla bahsedilecektir. Öncelikle cezai şarta ilişkin geçerli bir anlaşmanın bulunması gerekmektedir. Zira, cezai şartın bağlı olduğu asıl sözleşme veya bizzat cezai şart geçersiz olduğu taktirde, geçersiz olan cezai şartın indirilmesi de söz konusu olamaz¹².

İkinci olarak, cezai şartın indirilebilmesi için muaccel olması gerekmektedir. Cezai şartın muaccel olduktan sonra bağımsız edim niteliği kazanması nedeni ile henüz bağımsız edim niteliği kazanmamış olan cezai

¹¹ von TUHR, s.770-771; REİSOĞLU, Borçlar, s.391; GÜNAY, s.174, 224; KILIÇOĞLU, s.584; BAŞBUĞ Aydın, Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim, KAMU-İŞ, 2003, C.7, S.2, Prof. Dr. Kamil TURAN'a Armağan, s.242; KARAGÖZ, s.34. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde de indirimin re'sen yapılması gerektiği Yargıtay tarafından da ifa de edilmiştir. “Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesi uyarınca, hakim fahiş gördüğü cezaları indirmekle yükümlüdür. Bu hüküm, emredici nitelikte olduğundan hakim tarafından re'sen gözetilmelidir; borçlunun bu yolda bir talebinin bulunması aranmaz.” Y. HGK, 2.2.2005 T, E.2004/9-759, K.2005/9, KAZANCI İBB.

¹² KOCAAĞA, s.223,121; KARAGÖZ, s.30-31.

şartın, indirilmesi de mümkün değildir. Ayrıca, henüz muaccel olmayan cezai şartın indirilmesinin istenmesinde borçlunun menfaati olmayıp, borca aykırı davranış ortaya çıkmadan önce cezai şartın aşırı olup olmadığının belirlenmesi de mümkün değildir¹³.

İfa ile borç sona erdiğinden, cezai şartın indirilmesini isteyebilmek için ifa edilmemiş olması gerekir. Bu nedenle borçlu, cezai şartı ifa ettikten sonra indirim talebinde bulunamaz¹⁴. Cezai şart borçlusunun borcunu ifa etmesi, cezai şartın indirilmesi talebinden vazgeçme olarak kabul edilir¹⁵. Bununla birlikte, somut olayın özellikleri dikkate alındığında istisnai hallerde ifadan sonra indirim talebinin dikkate alınabileceğinin kabulünde de yarar vardır¹⁶.

b- Aşırılığın Belirlenmesi

Cezai şartın aşırı olup olmadığını ve aşırı olduğu takdirde ne oranda indirim tabi tutulacağını takdir yetkisi hakime aittir. Hakimin cezai şartın aşırılığını belirlemede ve indirimde başvuracağı kriterlerin önceden kesin olarak öngörülmesi ve belirlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, hakimin takdir yetkisini kullanırken adalet ve hakkaniyet kuralları çerçevesinde hareket etmesi gerekmektedir.¹⁷ Bununla birlikte, hakimin aşağıda belirtilen kriterlerden yararlanabileceği genel olarak kabul görmektedir.

Öncelikle, borca aykırılığın ağırlık derecesi, cezai şartın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde yararlanılabilecek önemli bir unsurdur. Borçlunun borca aykırı davranışının ağır olduğu hallerde, cezai şartın aşırı

¹³ TUNÇOMAĞ, s.144; OĞUZMAN/ÖZ, s.884; GÜNAY, s.180; BAŞBUĞ, s.243; KOCAAĞA, s.226; KARAGÖZ, s.31.

¹⁴ “Cezai şart ödenmişse, hakim bunu daha sonra indiremez.” Y. HGK, 2.2.2005 T, E.2004/9-759, K.2005/9, KAZANCI İBB.

¹⁵ von TUHR, s.771; TUNÇOMAĞ, s.154 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.884; KOCAAĞA, s.227-228, 242.

¹⁶ Nitekim, borçlunun indirim talebine ilişkin hakkını saklı tutarak cezai şartı ödemesi durumunda, ifanın indirim talebini sona erdirmeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. KOCAAĞA, s.228, 242.

¹⁷ von TUHR, s.771; TUNÇOMAĞ, s.144; EREN, s.1141; OĞUZMAN/ÖZ, s.885; KOCAAĞA, s.229; KARAGÖZ, s.32; DEMİRTAŞ, s.867. “Cezai şartın aşırı olup olmadığını belirlemede başvurulması gereken kıstaslar her olayda kendine özeldir ve önemlidir. Cezai şartın taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakkaniyet ve nesafete aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir” (YHGK. 12.04.200 T, E.2000/13-749, K.2000/758).

olduğunun kabul edilmemesi ve indirim tabi tutulmaması mümkündür. Buna karşın, borca aykırılığın ağır olmadığı hallerde ise, aşırı olduğu takdirde cezai şart indirilebilmelidir¹⁸.

İkinci olarak, hakim alacaklının çıkarlarını gözetmelidir. Alacaklının çıkarları geniş olarak değerlendirilmeli ve uğradığı zararlar birlikte sözleşmenin ifasından beklediği diğer menfaatler de gözetilmelidir¹⁹. Ancak, cezai şart miktarının uğranılan zarardan fazla olması, mutlak bir indirim nedeni olarak değerlendirilmemelidir. Cezai şart kararlaştırılırken, cezai şartın borcun ifasını sağlama amacı dikkate alınarak genellikle alacaklının uğraması muhtemel zarardan daha yüksek bir meblağ belirlendiği hususu hakim tarafından dikkate alınmalı ve sadece zarar miktarına varacak ölçüde indirimde gidilmemelidir²⁰.

Üçüncü olarak indirimde, borçlunun kusuru ve kusurunun derecesi de hakim tarafından dikkate alınmalıdır. Zira, anılan husus hakkaniyet gereğidir. Özellikle borçlunun ağır kusurlu olduğu hallerde, hakim indirim konusunda daha dikkatli davranması gerekir. Ayrıca, alacaklının birlikte kusuru da indirimde dikkate alınmalıdır²¹.

Son olarak, tarafların ekonomik durumu da, cezai şartın indirilmesinde hakim tarafından dikkate alınması gereken hususlardan birisidir. Ekonomik açıdan zor durumda olan borçlunun aşırı cezai şartı kabul etmek zorunda kalma olasılığı her zaman mevcuttur²². Anılan hususun indirimde

18 TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.147-148; KOCAAĞA, s.234; KARAGÖZ, s.32.

19 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.355; von TUHR, s.771-772; TUNÇOMAĞ, s.146; OĞUZMAN/ÖZ, s.883;; KOCAAĞA, s.231-232; KARAGÖZ, s.32.

20 OĞUZMAN/ÖZ, s.884; BİLGE Necip, Cezai Şart, Esat ARSEBÜK'e Armağandan Ayrı Bası, Ankara 1957 s.121-122; KOCAAĞA, s.233-234. "Ceza koşulunun ceza ve ödence işlevi (fonksiyonu) olup, ceza koşulunun ceza işlevi hiçe sayılarak yalnızca zarar karşılığı olan miktara kadar indirim yapılması yasaya aykırıdır" Y. 13.HD, 14.11.1977 T, E.1977/4495 K.1977/5010, YKD, Nisan 1978, s.597-598. Aynı yönde, Y. HGK, 2.2.2005 T, E.2004/9-759, K.2005/9, KAZANCI İBB.

21 TUNÇOMAĞ, Cezai şart, s.148-149;; KOCAAĞA, s.236; KARAGÖZ, s.33.

22 TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.149. Ayrıca bkz. KOCAAĞA, s.216, 236-237.

gözetilmesi, özellikle borçlunun ekonomik durumunun kötü olduğu hallerde, onun sömürülmesini engelleme amacına da hizmet edecektir²³.

Yargıtay da, cezai şartın aşırılığının ve indirim esaslarının belirlenmesinde yukarıda zikredilen temel esasları dikkate almaktadır. Yargıtayın konuya ilişkin görüşünün ifade edildiği örnek kararı zikretmekte yarar görüyoruz: “Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü olarak alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınacak ceza miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tespit edilmelidir”²⁴.

Hakim cezai şartın aşırılığını belirlerken yukarıda belirtilen kriterlerden yararlanabileceği gibi, somut olayın özelliklerini dikkate almak suretiyle farklı kriterlerden de yararlanabilir. Örneğin, asıl borcun türü ve süresi, tarafların mesleki tecrübesi gibi hususlardan da yararlanabilecektir²⁵. Ancak, hakim kural olarak kendisine tanınan indirim yetkisine dayanarak, cezai şartı tamamen ortadan kaldıramaz veya kararlaştırılan edim yerine başka bir edim de belirleyemez²⁶.

3- İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın İndirilmesi

Cezai şartın indirilebilmesi açısından en önemli husus cezai şartın geçerli olmasıdır. Borçlar Kanununun 420. Maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “*Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir*”. hükmü ile, tek taraflı olarak işçi aleyhine cezai şart öngörülemeyeceği emredici şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla sadece işçi aleyhine öngörülen cezai şart geçersiz olduğundan, indirilmesine de gerek bulunmayacaktır. Ancak her iki taraf aleyhine de cezai şart öngörülmüş olması veya Yargıtay tarafından kabul edildiği üzere, işçinin mesleki eğitime

23 “...Cezai şartın borçluyu yoksulluğa düşürecek bir miktar olmadığı anlaşıldığına göre....cezai şarta hükmetmek gerekirken...” Y. 14.HD, 5.5.1999 T, E.1999/2536, K.1999/3371, YKD, Aralık 1999, s.1675-1677.

24 Y. 13.HD, 15.4.2003 T, E.2003/78, K.2003/4622, KAZANCI İBB.

25 SANTORO, s.114-115.

26 OĞUZMAN/ÖZ, s.384; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.158. Ayrıca bkz. KOCAAĞA, s.250-251; KARAGÖZ, s.34.

tabi tutulması durumunda cezai şart geçerli olacağından²⁷, cezai şartın aşırı olması durumunda indirilmesi de gerekebilecektir.

İş sözleşmesinde öngörülen ve geçerli olduğu kabul edilen cezai şartın aşırı olduğunun kabul edilerek indirilmesinde, TBK. m.182/son hükmünün esas alınması gerekecektir. Zira, İş Kanununda ve hizmet sözleşmesinin düzenlendiği BK. m.393 vd. hükümlerinde cezai şartın indirilmesine ilişkin her hangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu durumda, iş sözleşmesinde öngörülen cezai şart bakımından hakim tarafından yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde indirimde gidilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, işçinin iş sözleşmesinin zayıf yanını oluşturması ve ekonomik açıdan zor durumda olması hususları üzerinde özellikle durulması, dolayısıyla iş sözleşmesinin alelade bir sözleşme gibi ele alınmaması gerekir. Bu nedenle aşağıda özellikle işçi aleyhine öngörülen cezai şartın indirilmesinde dikkate alınması gerekli hususlar üzerinde durulmuştur.

Öncelikle, hakim iş sözleşmesinde öngörülen cezai şartın aşırı olup olmadığını tespit ederken, somut olayı ve işçinin özel durumunu esaslı şekilde ele alarak, taraflar arasındaki karşılıklı menfaatleri tartmalıdır. Böylece, cezai şartın özellikle işçi yönünden taşıdığı tehlikelerin ortadan kaldırılması sağlanabilecektir²⁸.

Aşırılığın belirlenmesinde yararlanılabilecek olan kriterlerden uğranılan zararın miktarıdır. Hakim, takdir yetkisi çerçevesinde cezai şart miktarı ile sözleşmeye aykırılığın neden olabileceği zarar miktarını karşılaştıracaktır²⁹. Ancak, işçinin ekonomik durumu dikkate alındığında cezai şartın indirilmesinde sadece uğranan zararın dikkate alınması, işçi aleyhine olumsuz sonuçlar doğurabilir. Zira, işverence cezai şart tutarında zarara uğranıldığına ispat edilmesi durumunda, indirim yapılmaması gerektiği sonucuna ulaşılması gerekebilecektir. Anlatılan nedenle, işçi lehine

²⁷ “.....İşçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şartın tek taraflı olarak değerlendirilemez. İşçiye verilen eğitim bedeli kadar cezai şartın karşılığı bulunmakla eğitim karşılığı cezai şart hükmü belirtilen ölçüler içinde geçerlidir.....”, Yarg. 9. HD'nin 13.06.2008 tarih ve 2007/22535 E., 2008/15507 K., Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:22, 2009, 831-832

²⁸ KARAGÖZ, s.80.

²⁹ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.884; KARAGÖZ, s.80.

öngörülen cezai şartın ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde, işverenin uğramış olduğu zarar miktarı, doğrudan uygulanabilecek bir kriter değildir. Anılan kriterden, işçi lehine cezai şart kararlaştırılmış olması durumunda ise yararlanmak mümkündür. Ancak, lehine cezai şart öngörülen işçi veya işverenin hiçbir zarara uğramamış olması, mutlaka indirim yapılmasını gerektirmeyebilir. Somut olayda hakim, diğer kriterlerden de hareket etmek suretiyle indirime karar verebilir³⁰.

Uğranılan zarar dışında, sözleşmeye aykırı davranışın süresi ve ağırlığı, tarafların ekonomik durumu ve işçinin mesleki gelişiminin engellenmesi aşırılığın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir³¹. İşçinin sözleşmeye aykırı davranışında kusurunun ağırlığı da aşırılığın belirlenmesinde ölçü olabilir³². Ayrıca, tarafların ekonomik durumu ve özellikle işçinin gelir seviyesi de dikkate alınmalıdır. Diğer ifade ile, işçinin ücretinin yüksekliği, cezai şartın aşırılığının belirlenmesinde göz ardı edilmemelidir. Sonuç olarak, İşverenin işçi karşısında ekonomik üstünlüğe sahip olması ve işçinin işverene ekonomik bağımlılığı nedeniyle, işçi aleyhine öngörülen cezai şartın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde bu kriterden öncelikle yararlanmak mümkündür.

Asıl borcun niteliği ve süresi de, işçi aleyhine öngörülen cezai şartın indirilmesinde yararlanılabilecek olan kriterler arasında sayılabilir. Örneğin, feshe bağlı olarak cezai şart kararlaştırılmış olması durumunda, sözleşmeye aykırı davranışın sözleşmenin hemen başında ortaya çıkması ile sonuna doğru ortaya çıkması arasında fark gözetmek gerekir³³. O halde, kural olarak sözleşmenin ifa edilen süresiyle ifa edilmeyen süresi, indirimde yardımcı bir unsur olarak dikkate alınabilecektir³⁴.

³⁰ KARAGÖZ, s.81.

³¹ SANTORO Dimitri, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Bern 2001, s.114-115; ENGEL Oliver, Konventionalstrafen im Arbeitsrecht, Bayreuth 1990, s.180; KARAGÖZ, s.81.

³² ENGEL, s.180, KARAGÖZ, s.81.

³³ SANTORO, s.114-115.

³⁴ “Borçlar Kanununun 161/son maddesinde ise, fahiş cezai şartın hâkim tarafından tenkis edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İş hukuku uygulamasında işçi aleyhine cezai şart düzenlemeleri bakımından konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Şart ve ceza arasındaki ilişki gözetilerek, işçinin iktisadi açıdan mahvına neden olmayacak çözümlere gidilmelidir. İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme

İşveren aleyhine cezai şart öngörülen hallerde, işverenin işçiye nazaran ekonomik yönden daha iyi durumda olması nedeniyle, hakim cezai şart miktarının aşırı olması durumunda, daha sınırlı oranda indirime başvurabilir. Ayrıca, feshe bağlı olarak işçi lehine cezai şart öngörülen hallerde, işçinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmış olması, cezai şartın işçi tarafından istenmesine engel olmayacağı gibi, indirim nedeni olarak da değerlendirilemez. Aynı esaslar, iş sözleşmesinin feshi sonucunda işçinin, işsizlik sigortası ödeneğine hak kazanmış olması bakımından da geçerlidir³⁵.

Sonuç olarak, iş sözleşmelerinde öngörülen cezai şartın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde, genel kurallardan yararlanılabileceği gibi, iş hukukunun kendine özgü yapısı ve işçiyi koruyucu niteliği de dikkate alınmalıdır. Bu cümleden olmak üzere özellikle işçi aleyhine cezai şart söz konusu olan hallerde, işçinin ekonomik durumu, feshe bağlı cezai şart söz konusu olduğu taktirde sözleşmenin ifa edilen süresi ile ifa edilmeyen süresi arasında orantı kurulması hususları üzerinde durulabilecektir. Ancak, tereddüt halinde hakim tarafından işçi lehine yorum yapılarak sonuca ulaşılması gerekmektedir.

II- İŞVERENİN TACİR OLMASI DURUMUNDA CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ

A- Ticari Borçlarda Cezai Şartın İndirilmesi

1- Genel olarak

TTK. m.22 hükmünde cezai şart borçlusunun tacir olması bakımından özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hükme göre: *“Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde,*

kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürelerle göre oran kurularak indirime gidilmelidir.

Somut olayda, taraflar arasında düzenlenen iki yıl asgari süreli nitelik taşıyan iş sözleşmesinde sözleşmenin kararlaştırılan nedenler dışında sona erdirilmesi halinde ücretin 3 katı tazminatın karşılıklı ödenmesi kararlaştırılmış olup, işçi 2 yıllık asgari sürenin bitiminden önce ancak 1 yıl 6 ay 25 gün çalışarak sözleşmeyi feshettiğine göre cezai şartın çalışılan süreye orantılandırılarak belirlenen tutardan ayrıca indirim hususunun değerlendirilmesi gerekeceğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir” (Y.9.HD, T. 10.09.2014, E. 2012/33025, K. 2014/26136).

³⁵ KARAGÖZ, s.81-82.

aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez". Dolayısıyla anılan hükümle, tacirin cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceği açıkça düzenlenmiş ve BK. m.182/3 hükmüne istisna getirilmiştir.

Anılan düzenleme 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanununun 24. maddesinin tekrarı niteliğinde olduğundan³⁶, yeni TTK. dönemi bakımından da eski uygulamalar aynı şekilde devam edecektir.

Tacirin aşırı olduğu iddiası ile cezai şartın indirilmesini isteyememesinin temel nedeni, "basiretli iş adamı gibi hareket etme mecburiyetidir"³⁷. Zira TTK.nın18.maddesinin 2. fıkrasında açıkça "Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir". hükmüne yer verilmiştir. Böylelikle tacirin sözleşme ile üstlendiği cezai şartın muaccel olması durumunda karşılaşılabileceği olumsuzlukları önceden öngörmesi gerektiği söylenebilecektir.

Konumuzu işverenin tacir olması durumunda işçi lehine kararlaştırılan cezai şartın indirilmesinin istenip istenemeyeceği olduğundan, öncelikle TTK.m.22 hükmünün uygulanma şartları üzerinde durmakta yarar bulunmaktadır. Aşağıda detaylı olarak üzerinde durulacağı üzere, Yargıtay tarafından anılan durumda, işçi lehine kararlaştırılan cezai şart TTK.m.22 kapsamında değerlendirilmemekte ve cezai şartın indirilebileceğine hükmedilmektedir.

³⁶ Anılan maddenin gerekçesi şu şekildedir: "Borçlar Kanununun bazı maddelerine göre fahiş bir ücret veya fahiş cezai şart, yargı tarafı dan indirilebilir. Hâlbuki Ticaret Kanununun (647)nci maddesine göre, cezai şart fahiş olsa bile indirilemez. Ticaret hukuku ile adi hukuk arasındaki bu farkı olduğu gibi bırakmak doğru addedilmiştir. Çünkü ticaret sahasında merhamet ve insaf ne gösterilir, ne beklenir. Küçük tacir mefhumu kaldırıldıktan sonra; tacir sıfatını haiz olan bir borçluyu, olağan hallerde fahiş addedilebilen bir tellallık ücretinin veya cezai şartın indirilmesini talebetmek hakkından, şimdiye kadar olduğu gibi ileride de mahrum bırakmak, ticaretin icabındandır".

³⁷ BAŞBUĞ, s. 14; AYHAN Rıza, Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013 1-2, s.309; ERNAS Bülent / YALÇINTAŞ Simin, Fahiş Cezai Şartın Tacirler Bakımından Uygulanması, AÜHF, Temmuz 2008, s. 709.

2- TTK. m.22 Hükümünün Uygulanma Şartları

a- Borçlunun Tacir Olması

Türk Ticaret Kanununun 22. maddesi önce tacirler hakkında uygulanır. Bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işletmek, tacir sayılmak bakımından yeterlidir (TTK.m.12/1). Aynı maddede düzenlenmiş olan indirim yasağının uygulanabilmesi için, aleyhine cezai şart öngörülen kişinin, ticari işletmesine ilişkin olarak borç yüklenen tacir veya tacir gibi sorumlu tutulan bir kimse olması gerekir³⁸. Hatta, tacir cezai şart içeren sözleşmeyi imzaladıktan sonra tacir sıfatını kaybetmiş olsa dahi, cezai şartın indirilmesini isteyemez³⁹.

Son olarak, cezai şartın indirilmesini isteyememek bakımından tacirin gerçek veya tüzel kişi olmasının önemi yoktur⁴⁰.

b- Cezai Şartın Ticari İşletmeyle İlgili Borca İlişkin Olması

Tacir kişilerin cezai şartın indirilmesini isteyememesine ilişkin kuralın uygulanması bakımından borçlunun tacir olması yeterli olmayıp, aynı zamanda cezai şartın ticari işletmesi ile ilgili bir borca ilişkin olması da gerekmektedir⁴¹. Bununla birlikte, TTK. m.19/1 hükmü ile tacirin borçlarının ticari borç olduğu karinesi kabul edilmiştir. Aynı fıkranın devamında ise, “Ancak gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesi ile ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirildiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır” hükmü ile tacir bakımından adi sayılabilecek işler de belirtilmiştir.

38 ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KENDİGELEN Abuzer / KAYA Arslan / NOMER ERTAN Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s.40, 258 vd.; AYHAN Rıza / ÖZDAMAR Mehmet / ÇAĞLAR Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Ankara 2013, s.137; ARKAN, s.113; POROY Reha / YASAMAN Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012, s.125-126; KOCAAĞA, s.257.

39 ARKAN, s. 113, ERNAS / YALÇINTAŞ, s. 709, AYHAN / ÖZDAMAR / ÇAĞLAR, s.138; GÜNAY, s.219.

40 AYHAN, s.310.

41 AYHAN, s.310; OĞUZMAN/ÖZ, s.885; ARKAN, s.138-139; POROY/YASAMAN, s.112 vd; ERİŞ, s.741-742. Ayrıca bkz. 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; KOCAAĞA, s.257 vd.

Buna göre, aşırı olan cezai şartın indirilmesinin istenemeyeceğine ilişkin TTK.m.22 hükmü uygulanırken, anılan düzenlemenin TTK m. 18/2’de düzenlenen basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün gereği olduğu dikkate alınarak, gerçek kişi tacirin sadece ticarî işletmesiyle ilgili faaliyetleri nedeniyle üstlendiği cezai şart bakımından uygulanması gerekecektir. Ancak, gerçek kişi tacir, işlemi yaptığı sırada bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını bildirmez veya işin adı sayılması hal ve şartlardan çıkarılamazsa, işlem ticarî sayılacağından, tacir, üstlendiği cezai şart aşırı dahi olsa dahi indirilmesini isteyemez⁴².

Tacirin tüzel kişi olması durumunda ise, her türlü işlemi ticari sayılacağından ve adi sahalari bulunmadığından tüzel kişi tacir hakkında cezai şartın indirilemeyeceğine ilişkin TTK. m.22 hükmü doğrudan uygulanacaktır⁴³.

b- Tacirin Cezai Şartın İndirilmesini İsteyebileceği Haller

Her ne kadar TTK.m.22 hükmü ile tacirin cezai şartın indirilmesini istemeyeceği düzenlenmiş ise de, bu kuralın mutlak olarak uygulanması söz konusu değildir. Öncelikle, TTK.m.19 gereği borç ticari nitelikte değil ise, yani tacir işlemi yaptığı sırada işlemin ticari işletmesi ile ilgili olmadığını karşı tarafa bildirmişse veya işin ticari sayılmasına durum elverişli değil ise borç adi borç sayılacağından tacir cezai şartın indirilmesini isteyebilecektir⁴⁴.

İkinci olarak, tacir aleyhine öngörülen cezai şartın ahlaka ve adaba aykırılık oluşturacak şekilde aşırı olması halinde, BK. m.27 hükmü kapsamında geçersizliğine hükmedilebileceği gibi indirim de uygulanabilecektir⁴⁵.

Özellikle, Yargıtay tarafından da ifade edildiği üzere, cezai şart miktarı borçlunun ekonomik özgürlüğünü kabul edilemez derecede sınırlamakta ve

⁴² AYAN, s.310; BAŞBUĞ, s.14; GÜNAY s.221; ARKAN, s.64; POROY/YASAMAN, s.136 vd.

⁴³ ARKAN, s.143; AYHAN, s.310, BAŞBUĞ, s.14; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 65; KOCAAĞA, s.259-260.

⁴⁴ AYHAN, s.311; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.154.

⁴⁵ ARKAN, s.143; DOMANIÇ, s.149-150; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.358; OĞUZMAN/ÖZ, s.885; KOCAAĞA, s.264; AYHAN, s.311;

ekonomik varlığının tehlikeye düşmesine veya yok olmasına neden olmakta ise, cezai şart ahlaka ve adaba aykırı sayılır⁴⁶.

Sonuç olarak, tacir aleyhine öngörülen cezai şart, tacirin ekonomik olarak mahvına neden olacak derecede yüksek ise, ticari kişilik haklarına, adalete, hakkaniyete ve hatta ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen geçersizliğine hükmedilebilecektir.

B- İş Sözleşmesinde Öngörülen Cezai Şartın İndirilmesi

1- Genel Olarak

TBK. m.420 gereğince, iş sözleşmesinde sadece işçi aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştırılmayacağı hususu üzerinde yukarıda durulmuş idi. Bunun sonucu olarak sadece işçi lehine veya her iki taraf aleyhine cezai şart kararlaştırılması ise mümkündür. İş sözleşmesinin taraflarından olan işverenin tacir olması durumunda TTK. m.22 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı konusu, diğer ifade ile tacir işverenin indirim isteyip isteyemeyeceği konusu, uygulama ve öğretide çeşitli tartışmaları da beraberinde getirmiştir ki, bu konu üzerinde aşağıda detaylı olarak durulmuştur.

İş hukukunda işveren sayılmak bakımından tacir olup olmamanın önemi bulunmamaktadır. Zira, İş Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasında işveren: *“Bir iş sözleşmesine dayanarak ... işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren ... denir”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu durumda, işveren gerçek kişi olabileceği gibi, şirket,

⁴⁶ Y. HGK, 20.3.1974 T, E.1970/1053, K.1974/222, YKD, Ocak 1977, s.11-23; Y. HGK, 26.12.2001 T, E.2001/9-1175, K.1116, İBD, 2003/2, s.377-380; Y. 13.HD, 3.10.1988 T, E.1988/2765, K.1988/4383, YKD, Kasım 1989, s.1597 vd.; Y. 15.HD, 10.6.1999 T, E.1999/1658, K.1999/2437, YKD, Mart 2000, s.404-405; Y. 11.HD, 10.3.1997 T, E.1997/1132, K.1997/1439, YKD, Mayıs 1997, s.725-726; “Taraflar arasındaki sözleşmeye göre, işin belirtilen günde bitirilmemesi halinde iş bedelinin iki misli tazminatın ödeneceği hükmü -ifaya ekli ceza- niteliğinde olup, bu ceza hükmü muhtemel zararın çok üstünde onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşru sayan bir hüküm olduğundan, yüklenicinin iktisaden mahvına neden olmasa da Anayasa'nın 18. ve BK. nun 19. ve 20. maddelerine göre batıldır.” Y. 15.HD, 11.5.2000 T, E.1999/4655, K.2000/2324, YKD, Eylül 2000, s.1394-1395. Tacir aleyhine öngörülen cezai şartın indirilmesine ilişkin olarak: “... Ne var ki tarafların bir cezai şart kararlaştırmış bulunmaları karşısında, cezai şartın makul bir düzeyde belirlenmesi de mahkemenin görevi içinde bulunacaktır.” (Yargıtay 13. HD, 03.02.2003, E. 2003/587, K. 2003/1034, Kazancı İBB.)

dernek vakıf, kooperatif, sendika, şirket gibi özel hukuk veya devlet kurumu gibi kamu hukuku tüzel kişisi veya adi ortaklık gibi tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar da olabilecektir⁴⁷. O halde İş Kanunu anlamında işveren sayılmak için işçi sayılan kimseleri çalıştırmak yeterli olup, iş kanunu kapsamında bulunmak açısından kural olarak tacir olmanın önemi bulunmamaktadır.

İş Kanunu kapsamında yer alan işçi, işveren veya işyeri söz konusu olduğu taktirde öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Anılan kanunda düzenleme bulunmayan hallerde Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin BK. m.393 vd. hükümleri ile genel hükümlerin düzenlendiği birinci kısmı uygulanacaktır.

İş hukuku uygulamasına bakıldığında, işverenin tacir olması durumunda iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların İş Kanununda özel olarak düzenlendiğinden hareketle iş ilişkisinin ticari işletmeyi ilgilendirse dahi ticari iş olarak kabul edilmediği ve TTK. hükümlerinin uygulanmadığı görülmektedir. Bunun sonucu olarak da, yargı kararları ile işçi lehine cezai şart öngörülmesi durumunda, cezai şartın indirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

İnceleme konumuz açısından önem arz etmesi nedeniyle önce kısaca ticari işletme ve ticari iş kavramları üzerinde durularak, iş sözleşmelerinin ticari iş niteliğinde olup olmadığı dolayısıyla cezai şartın indirilip indirilemeyeceği hususu değerlendirilecektir.

2- İş İlişkisinin Ticari İş Kapsamında Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği:

a- Genel Olarak Ticari İş Kavramı

Bir işin ticari iş olup olmadığının belirlenmesi, özellikle TTK. hükümlerinin uygulanma alanı açısından önem taşımaktadır. TTK.mn 3. maddesinde ticari işler: *“Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir”* şeklinde tanımlanmıştır. Ancak ticari işlerin belirlenmesinde, yukarıda ifade edilen istisnaların sayıldığı TTK. m.19 hükmünün de dikkate alınması gerekir. Anılan TTK m.3 hükmü dikkate alındığında öncelikle, TTK.da düzenlenmiş olan işler, başkaca bir kriter aranmaksızın doğrudan ticari iş olarak kabul

⁴⁷ ÇELİK Nuri / CANIKLIOĞLU Nurşen / CANBOLAT Talat, İş Hukuku Dersleri, 27. Bası, İstanbul 2014, s.45; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2013, s.132.

edilecektir. Bundan başka TTK.da düzenlenmemiş olsa dahi, ticari işletmeyi ilgilendiren her türlü işlem ve eylemler ticari işlerden sayılacaktır.

TTK. da düzenlenen işlerin tamamının ticari sayılması gerektiği şüphesizdir. Bu nedenle biz daha çok ticari sayılması gereken işlem ve eylemler üzerinde durmayı faydalı görüyoruz.

Ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ile ifade edilmek istenen, ticari işletmeyi ilgilendiren hukuki işlemlerdir⁴⁸. Hukuki işlemler çeşitli ayırımlara tabi tutulmakla birlikte düzenlendikleri hukukî ilişkinin içeriği dikkate alındığında, borçlar hukuku, eşya hukuku, kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku işlemleri şeklinde de ayrılmaktadırlar. Borçlar hukuku alanında yer alan işlemler ile bir borç ilişkisi meydana getirilir, değiştirilir veya ortadan kaldırılırlar. Sözleşme niteliği taşıyan borçlar hukuku işlemleri, satış, kira ve hizmet sözleşmesi gibi sözleşmelerdir⁴⁹. İşyerinde işçi çalıştırmaya yönelik tacir işveren ile işçi arasında yapılan iş sözleşmesinin, ticari işletmeyi ilgilendirdiği her halde açıktır.

Ticari işletmeyi ilgilendiren iş ve eylemler ise, girişimcinin gelir ve kar elde etmek amacıyla yapacağı her türlü işlem ve eylemlerdir. İşletmeyi ilgilendiren iş ve eylemler geniş olarak yorumlanmalı, ticarî hayat gereğince ticarî işletmenin faaliyeti ile doğrudan veya dolaylı ilişkisi bulunan her işlem ve eylemin ticarî işletmeyi ilgilendirdiği kabul edilmelidir⁵⁰.

Ticari işletmeyi ilgilendiren fiiller hukuki fiillerdir. Hukuki fiiller, hukuka aykırı fiiller ve hukuka uygun fiiller olarak ikiye ayrılmaktadır⁵¹. Hukuka aykırı fiiller de, haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılık şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bir haksız fiil, sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil olarak ortaya çıktığı takdirde, bu fiil hukuki işletmeyi ilgilendiriyor ise ticari iş sayılır⁵².

48 AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.65; AYHAN, s.296; YEŞİLTEPE Önder, İş (Hizmet) Sözleşmelerinin Ticari İş Mahiyeti, Ticari İşlerde Faiz ve İşçi Alacaklarına Uygulanacak Temerrüt Faiz Oranı, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2014/2, s.49.

49 AYHAN, s.296-297.

50 ARKAN, s.65; AYHAN, s.295-296.

51 Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s.59 vd.

52 YEŞİLTEPE, s.50; AYHAN, s.298.

b- İşçi Çalıştırma Ticari İş midir?

Öncelikle ifade etmek gerekirse, TTK. m.22 kapsamında cezai şartın indirilmesini isteyememe, işin ticari nitelikte olup olmamasına değil, tacir olmaya bağlanan bir sonuçtur. Zira anılan düzenlemeye tacir olmanın hükümleri başlığı altında yer verilmiştir⁵³.

Tacir olan kimsenin işyerinde işçi çalıştırması durumunda, işçi ile arasında iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin varlığından söz edilecektir. İş Kanununun 8.maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir” (f.1). Borçlar Kanununda da benzer bir tanıma yer verilerek hizmet sözleşmesi: “... işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlanmıştır (m. 393/1).

Tam iki taraflı sözleşme olan iş sözleşmesinin işçi ve işverenin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulması nedeni ile hukuki işlem olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır⁵⁴. Tacirin tüzel kişi olması durumunda, tüm işlemleri ticari olduğundan, iş sözleşmesinin ticari nitelikte olduğu açıktır. Gerçek kişi tacirin ticari işletmesini ilgilendiren işlemlerin TTK. m.3 gereğince ticari olması asıl olduğundan, işçi işveren ilişkisi kapsamında iş sözleşmesi ile işçi çalıştırılmasının tacir bakımından ticari nitelikte olduğu da tartışmasızdır⁵⁵. Zira, işçi çalıştırılması ticari faaliyet ile amaçlanan kazanç elde etmenin unsur ve araçları arasında yer almaktadır.

c- İş Kanunu ile TTK. Hükümleri Arasındaki İlişki

İş sözleşmesine ilişkin hükümler İş Kanununda düzenlenmiş olmakla birlikte, anılan kanunun Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile de bağlantısı bulunduğu şüphesizdir. Bu nedenle, iş kanununda düzenlemenin bulunmadığı durumlarda boşlukların genel nitelikteki hukuk kuralları ile doldurulması gerekmektedir⁵⁶.

⁵³ YEŞİLTEPE, s.52.

⁵⁴ AYHAN, s.297; YEŞİLTEPE, s.54.

⁵⁵ BATTAL, s.21 vd.; ARKAN, s.138, dn.1; POROY/YASAMAN, s.113-114; BAŞBUĞ, s.15, KARAGÖZ, s.37.

⁵⁶ ÇELİK, s.16-18.

TTK'nın 1.maddesinde açıkça düzenlendiği üzere, “*Türk Ticaret Kanunu, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır*”. Bu nedenle, İş Kanununda boşluk bulunan hallerde, Türk Medeni ve Borçlar Kanunu hükümleri uygulanırken, Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı söylenemez. İş Kanununda, iş sözleşmesinin ticari nitelikte olmadığına dair açık bir düzenleme bulunmamasının yanı sıra işverenin cezai şartın indirilmesini isteyebileceğine ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Anlatılan nedenlerle, tacir niteliğine sahip olan işveren ile işçi arasındaki hukuki ilişkinin, iş kanunundan kaynaklanan iş sözleşmesi olması, iş ilişkinin ticari nitelikte sayılmasını ve iş kanununda özel hüküm bulunmayan hallerde TTK hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir⁵⁷.

Türk Ticaret Kanununda istisnai nitelikte olsa dahi işçi ile ilgili düzenlemelere de yer verildiği görülmektedir. TTK. m.57 (1) de, haksız rekabet fiilinin işçi tarafından işlenmesi durumunda işverene karşı dava açılabileceği, TTK. m.147 (2) de, birleşme raporunda birleşmenin birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ve sosyal plana yer verilmesi, TTK. m.169 (2-g) de bölünme raporunda bölünmenin işçiler üzerindeki etkileri ve içeriği ile sosyal planın içeriğine yer verilmesi, son olarak TTK m.178 de işletmenin tam veya kısmi bölünmesinin iş ilişkilerine etkisi düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeler içerisinde, TTK. m.22 nin istisnasını oluşturacak tarzda cezai şartta ilişkin her hangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, cezai şartın indirilmesine ilişkin genel hüküm niteliğinde olan BK.m.182/3 yerine, anılan hükmün istisnasının oluşturan ve özel hüküm niteliğinde olan TTK. m.22 hükmünün uygulanması gerekecektir. Diğer ifade ile işverenin tacir olması durumunda işçi lehine öngörülen cezai şartın indirilmesini isteyemeyecektir.

d- İndirim Konusunda Yargıtay Uygulaması ve Değerlendirmeler

aa- Yargıtay Uygulaması

Yargıtay son yıllarda verdiği kararlarında işverenin tacir olması durumunda, iş sözleşmesi ile işçi lehine öngörülen cezai şartı, ticari işlem

⁵⁷ YEŞİLTEPE, s.55-56.

olarak kabul etmemekte ve indirim tabii tutulması gerektiğine hükmetmektedir.

Yargıtay eski tarihli bir kararında, davalı işverenin tacir olduğunu belirterek, taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinin tacir olan davalı tarafından süresinden önce ve haklı neden olmaksızın bozulmuş olması nedeni ile, sözleşmede yer verilmiş olan beş maaş tutarındaki cezai şartın eski TK m. 24 hükmü gereğince indirilemeyeceğine isabetle karar vermiştir⁵⁸.

Ancak, daha sonraki kararlarında aksi yöndeki görüşünü sürdürmüştür. Yargıtay'a göre: "... Davalı işverenin A.Ş. olması nedeni ile TTK 24. maddesinin olayda uygulama olanağının bulunup bulunmadığının belirlenmesinde toplanmaktadır. Bu bağlamda, davacı işçi ile işveren arasındaki ilişkinin hukuki nitelikleri üzerinde durulmasında yarar vardır. İlk olarak belirtelim ki, işveren ile işçi arasındaki ilişki TTK'nun 3. maddesinde anlamını bulan ticari iş niteliğinde olmayıp, 1475 sayılı İş Yasasından kaynaklanan ve iş yasası hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir hizmet akdidir. Dahası işçi işveren ilişkileri gözetildiğinde kamu düzeni ile de ilgilidir. Esasen iş hukukunun temel ilkelerinden olan tarafların dengeli tutulması kuralı da bu kabulü doğrulamaktadır. O nedenle; işe almama karşılığında bir yaptırım olarak kararlaştırılan ceza koşulunun TTK'nu hükümlerinin öngördüğü anlamda bir ticari ilişkiden kaynaklanmadığı çok açıktır. Hal böyle olunca; davalı işveren A.Ş.'nin, tacir olması taraflar arasındaki anlatılan hukuki ilişkinin kendine, özellikle iş yasasına özgü niteliği karşısında, TTK'nun 24. maddesinin uygulamasını gerektirmez. ⁵⁹"

Yargıtay HGK, sonraki yıllarda vermiş olduğu kararlarında da yukarıda zikredilen Y.HGK. kararına atıfla, tacir olan işverenle işçi arasındaki ilişkiyi ticari iş niteliğinde kabul etmeyerek, cezai şarttan indirim yapılması gerektiğini belirtmek suretiyle aynı yöndeki görüşünü sürdürmüştür⁶⁰.

⁵⁸ Yargıtay 9. HD, T. 16.02.1976 T, E. 1976/4484, K. 1976/5798. YKD, Aralık 1976, s.1671.

⁵⁹ Y. HGK, 15.10.1997 T, E.1997/9-486, K.1997/822, YKD, Mart 1999, s.303 vd. *Aynı yönde*, Y. 9.HD, 19.03.1998 T, E.1998/3108, K.1998/5558, GÜNAY, Şerh I, s.432.

⁶⁰ Y. HGK, 2.2.2005 T, E.2004/9-759, K.2005/9, KAZANCI İBB, *Aynı yönde*, Y. HGK, 02.10.2002 T, E.2002/9-596, K.2002/662 Ankara Barosu Dergisi, 2002/4, 188 vd.; Y.

bb- Yargıtay'ın Görüşünün Değerlendirilmesi

Yargıtayın bu kararı öğretide haklı olarak eleştirilmiştir⁶¹. Yargıtay, öncelikle işçi ile işveren arasındaki ilişkiyi ticari iş niteliğinde kabul etmemektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, iş ilişkisi işverenin ticari işletmesine ilişkin bir faaliyet olup ticari iş olarak kabul edilmesi gerekir. Ayrıca, somut olayda işverenin tüzel kişiliğe sahip olması tüm işlemlerinin ticari olması sonucunu doğurur. Bu nedenle anılan gerekçenin hukuki dayanaktan yoksun olduğu kanaatindeyiz.

Yargıtay ikinci olarak, olayın iş hukuku kuralları çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği görüşündedir. Oysa iş sözleşmesinin genel olarak düzenlendiği Borçlar Kanunu ve özel olarak düzenlendiği İş Kanununda, işçi-işveren ilişkilerini Ticaret Hukuku yönünden ele alan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca yukarıda ifade edildiği üzere, TTK. da cezai şarta ilişkin m.22 hükmünün iş ilişkilerinde, daha özeldir ifade edilecek olur ise işçi lehine cezai şart öngörülmesi durumunda uygulanmayacağına ilişkin de her hangi bir hükme yer verilmiş değildir. Anlatılan nedenlerle TTK. m.22 hükmünün olayda uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır.

Son olarak, iş sözleşmelerinin kamu düzeniyle ilişkisi ve tarafların dengeli tutulması ilkesine gerekçeler arasında yer verilmiştir. İş sözleşmelerine kamu düzeni gerekçesiyle emredici hükümler yoluyla müdahale edilmesinin amacı, işçi aleyhine olan sözleşme eşitsizliğinin ortadan kaldırılarak taraflar arasındaki dengesizliğin giderilmesi, diğer ifadeyle işverene nazaran zayıf konumda olan işçinin korunmasıdır. Oysa Yargıtay, işçi aleyhine ve işveren lehine olacak tarzda bir sonuca ulaşmıştır ki, bu yorum tarzının iş hukukunun kendine özgü yapısına dayandırılması mümkün değildir⁶².

Yargıtay tarafından anılan kararda somut olayda talep edilen cezai şartın toplu iş sözleşmesinden kaynaklandığı hususu da göz ardı edilmiş ve toplu iş sözleşmesi ile askerden dönen işçinin işe alınmaması durumunda 3 aylık ücreti tutarında işe almama tazminatı (cezai şart) ödeneceğine ilişkin hüküm

HGK, 26.12.2001 T, E.2001/9-1175, K.2001/1166, İstanbul Barosu Dergisi, 2003/2, s.377-380.

⁶¹ BATTAL, s.21 vd.; ARKAN, s.138, dn.1; POROY/YASAMAN, s.113-114; BAŞBUĞ, s.253 vd.; AYHAN, s.297 vd.; YEŞİLTEPE, s.52 vd.

⁶² BATTAL, s.22-23; BAŞBUĞ, s. 16-17; KARAGÖZ, s.38.

aşırı bulunarak indirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶³. Dolayısıyla, Yargıtay tarafından cezai şart alacağının toplu iş sözleşmesinden kaynaklandığı hususu da dikkate alınmamış ve değerlendirilmemiştir⁶⁴.

d- Yargıtay'ın İndirimde Esas Aldığı Kıstaslar ve Değerlendirilmesi.

Cezai şartın indirilmesine ilişkin genel prensipler yukarıda ifade edilmişti. Yargıtay tacir işveren aleyhine öngörülen ve iş sözleşmesinden kaynaklanan cezai şartın indirilmesi konusunda da aynı esaslar kapsamında hareket edilmesi gerektiği görüşünden hareket etmektedir. Yargıtay, HGK. 2.2.2005 T, E.2004/9-759, K.2005/9 sayılı kararında, hakimin indirimde: 1- Tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü 2- Alacaklının, asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile, cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul ve adil ölçü 3- Sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar; borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar 4- Borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı ölçüt alınarak hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir cezai şart miktarına hükmedilmesi gerektiğini beyan etmiştir.

Karara konu olan olayda, davacı davalı şirkette genel müdür olarak çalışmakta iken iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek sözleşmede öngörülen cezai şartı talep etmiştir. İlk derece Mahkemesi tarafından ilk kararda % 50, bozma üzerine verilen kararda ise % 60 oranında indirim yapmıştır. HGK. ise özel daire kararı doğrultusunda yapılan

⁶³ Toplu iş sözleşmesinde öngörülen cezai şartın indirime tabi tutulması konusunda: “İşverenin toplu iş sözleşmesinde yer alan tazminatlı fesih hakkını hatalı kullanarak sözleşme hükümlerine uymaması disiplin kuruluna götürmemesi anılan sözleşmenin 33/2-b maddesine göre işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olamayacak şekilde, ihbar ve kıdem tazminatının üç katı tutarında cezai şartla sorumlu tutulmasını gerektirir. İş güvencesi getirmek amacıyla düzenlenen ve işverenin yönetim hakkını ortadan kaldırmayan bu cezai şart fahiş görüldüğünden Borçlar Kanununun 161/3 maddesi uyarınca tenkise tabi tutulacağı da doğaldır” Y. 9.HD, 6.7.1998 T, E.1998/9969, K.1998/11770, GÜNAY, TİSGLH, s.161-162. *Aynı yönde* Y. 9.HD. 28.04.2005 T. E.2004/25259, K.2005/14987, Legal İHD, 2005/7, s.1290-1291; Toplu iş sözleşmesinde öngörülen cezai şartın BK. m.161/3 gereğince değerlendirilmesi gerektiği yönünde; Y. 9.HD. 14.10.2002 T. E.2002/3553, K.2002/19194, TÜHİS, Kasım-2002/ Şubat 2003, s.127-128; Y. 9.HD, 24.4.2000 T, E.2000/2120, K.2000/6029, GÜNAY, Cezai Şart, s.94, dn.306.

⁶⁴ Toplu iş sözleşmesinde cezai şart konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KARAGÖZ, s.133 vd.

indirimi yeterli görmeyerek, daha fazla oranda indirim yapılması gerektiğine hükmetmiştir.

HGK. daha fazla oranda indirim yapılmasını şu gerekçeye dayandırmıştır:” Ülkemizdeki genel çalışma koşulları, benzer nitelikteki görevleri yerine getiren başka kişilere ödenen ücretlerin genel düzeyi, davacının fesihle aynı gün sözleşmeden önceki asıl görevi olan üniversitedeki öğretim üyeliğine dönmüş olması ve somut olayın tüm diğer özellikleri gözetildiğinde; sözleşme uyarınca fesihten sonraki süreye göre hesaplanan ve fahiş olduğu tarafların, yerel mahkeme ile özel dairenin kabulünde bulunan cezai şart miktarında, yerel mahkemeye bozmaya uyularak yapılan % 60 oranındaki indirim sonucunda hüküm altına alınan tutar; tahakkuk edecek faiz miktarı ile birlikte değerlendirildiğinde, Borçlar Kanunu’nun 161/3. maddesindeki emredici hükmün amaçladığı, adil ve hakkaniyete uygun sonucu ortaya koymaktan uzak; dolayısıyla yapılan indirim yetersizdir. Böylesi bir sonuca ulaşılabilmesinin, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde, daha yüksek oranda bir indirimle mümkün olacağı benimsenmiştir”.

Öncelikle Yargıtay tarafından anılan sözleşmede öngörülen cezai şartın geçerli olduğu, ancak indirime tabi tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Anılan hükmün geçerli kabul edilmesi aynı zamanda iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğinin, diğer ifade ile iş sözleşmesinin sona ermesinde davacının kusurunun bulunmadığının kabulü anlamına gelmektedir. Bu durumda cezai şartın aşırılığının belirlenmesinde işverenin kusur durumunun dikkate alınmadığı görülmüştür. Aslında sadece işçinin durumu gözetilerek cezai şartın indirilmesi gerektiği üzerinde durulduğunu söylemek mümkündür. Oysa yapılması gereken bizzat Yargıtay tarafından da ifade edilen tüm hususların birlikte değerlendirilerek sonuca ulaşılmasıdır.

İşverenin tacir olması durumunda şayet cezai şart indirilecek ise, iş sözleşmesinin sona ermesinde işverenin kusurlu olup olmadığı, iş sözleşmesinin ifa edilmeyen süresi, işçinin hangi sürede ve hangi ücret düzeyi ile iş bulduğu veya bulabileceği ve özellikle tacir olan işverenin ekonomik durumu ve ödeme gücünün dikkate alınması gerekmektedir. Tacir olan işverenin ekonomik durumunun gözetilmesinin iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliğine de uygun düşeceği kanısındayız. Son olarak belirtmek gerekir ki, cezai şartın zarar miktarına kadar indirilmesi, cezai şart

kurumunun niteliği ile bağdaşmayacağından aşırı indirimden kaçınılması da gerekmektedir.

SONUÇ:

İş hukukunun kendine özgü niteliği, iş ilişkisinde işçinin korunması sonucunu doğurmaktadır. İş sözleşmesinin ticari iş kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açık olduğundan, Yargıtay'ın yaptığı şekilde, tacir işveren aleyhine cezai şart kararlaştırılması durumunda TTK. m.22 hükmünün uygulanmayacağı sonucuna varılması mümkün değildir. Bu çözümün kabulü halinde işçinin değil, aksine işverenin korunması söz konusu olacaktır ki, bu hususun iş hukukunun kendine özgü yapısıyla bağdaştırılması mümkün değildir.

Dolayısıyla, işverenin tacir olması durumunda cezai şartın indirilememesi gerekmektedir. Bununla birlikte indirim yapılacaksa, cezai şart borçlusunun tacir konumunda olduğu, işçinin ise geçimini sağlamak amacıyla çalıştığı ve ekonomik durumunun işverene nazaran zayıf durumda olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.