

## TACİR İŞVEREN VE İŞ HUKUKUNDA CEZAI ŞARTTAN İNDİRİM

Yrd. Doç Dr. Aydın BAŞBUĞ\*

Hizmet sözleşmesine göre işçi istihdam eden işveren, çoğunlukla tacir sıfatını taşıyan kişidir. Gerçek kişi olarak işveren, bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi başına işletmesi durumunda (TTK. m. 14/I)<sup>1</sup> tacirdir. Gerçek kişilerin dışında ise, öncelikle ticaret şirketleri tacir olan işverenlerdir. Ticaret şirketlerinin dışında, amacına ulaşmak için ticari işletme işleten dernekler ve kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümleri dairesinde yönetilmek ve ticari şekilde işletilmek üzere kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşebbüs ve müesseseler de tacirdir (TTK. m. 18/I)<sup>2</sup>.

Dolayısıyla, iş hukuku kapsamında işveren olarak gerçek kişi ya da tüzel kişi işverenlerinden bazıları tacir sıfatına sahiptir. Her ülke sisteminde olduğu gibi TTK'da da, tacirlerin faaliyetleri özel olarak düzenlenmiştir. Tacir sıfatını kazanmanın nimeti kadar, "kulfeti" niteliğini arz eden hukuki sonuçları da mevcuttur. İflasa tabi olma, basiretli bir iş adamı gibi davranma, ücret ve cezai şarttan indirim talep edememe, ticaret defteri tutma, fatura verme gibi yükümlülükler sadece tacir olmanın sonucuna bağlanmıştır.

Tacir olmanın sonuçları üzerinde, iş hukuku bakımından durulmaktadır. Oysa bu konudaki pozitif hukuk kuralları iş hukukunu da ilgilendirmektedir. Uygulamada ve teoride bu husus dikkate alınmadığı gibi, TTK'nun tacir sıfatına sahip olma sonucuna bağladığı pozitif hükümler de dikkate alınmamaktadır. Hizmet sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan cezai şartın kapsamının sadece BK. m. 161/III hükmüne dayanarak indirim yapıldığı görülmektedir. Çalışmamızda işverenin tacir

---

\* Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> **Arkan, Sabih**; Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2001, s. 102 vd. bu kişiler, işletme ticaret siciline kayıtlı olmasa dahi tacir sıfatını kazanacaktır.

<sup>2</sup> **Arkan**, s. 109 vd.

olmasının hukuki sonuçlarından cezai şarttan indirim talep edilememesi üzerinde durulacaktır.

## **I- CEZAI ŞART VE CEZAI ŞARTTAN İNDİRİM HALLERİ**

### **1- Cezai şart kavramı ve temel özellikleri**

Cezai şart, tarafların sözleşme ile önceden öngördükleri ve borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinin bir yaptırımıdır (BK. m. 158). Borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinde borçlu, alacaklının zararını tazmin ile yükümlüdür (BK.m. 96). Böyle bir durumda alacaklı, zararını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak bu tür bir sorunla karşılaşmak istemeyen alacaklı, zararın ispat edilmesi koşuluna bağlı olmayan bir yaptırım olarak cezai şartı, sözleşme ile borçluya kabul ettirebilirse, kendini emniyette hisseder<sup>3</sup>. Bu yönüyle cezai şartın en önemli işlevi, borçluyu gereği gibi ifada bulunmaya zorlaması, sözleşmeden beklenen amacın gerçekleşmesini ve sözleşmenin bu şekilde ihlal edilmesinden doğan zararın miktarı ve niteliği ispat edilmeksizin bir tazminatın elde edilmesini sağlamaktır<sup>4</sup>. Alacaklının, borcun ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi sonucu uğrayacağı zararı düşünmeksizin yükümlülüklerini gevşek tutan bir borçlu, borcu ihlal ettiği anda önceden belirlenmiş bir cezanın kararlaştırılmış olması karşısında, daha dikkatli ve özenli davranma zorunluluğu hissedeabilecektir. Bu yönüyle cezai şart, borçlu üzerinde özel hukuktan doğan bir ceza etkisi meydana getirecektir.

Cezai şart, bir tür geciktirici şarta bağlı fer'i nitelikli edim borcudur<sup>5</sup>. Kaynağı ise daima mevcut bir borç ilişkisine bağlı bir anlaşmadır. Bir tür geciktirici şarta bağlı borç olmasına rağmen cezai şart, özel hükümlerle düzenlendiğinden (BK. m. 158-161, İsviçre hukukunda OR Art.160-163,

---

<sup>3</sup> **Oğuzman, Kemal / Turgut Öz:** Borçlar Hukuku, İstanbul 1992, s. 384-385. **Eren, Fikret,** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 2, Ankara 1999, s. 1169. **Günay, Cevdet İlhan;** Cezai Şart, Ankara 2002, s. 74-77. **Santoro, Dimitri;** Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Bern 2001, s. 23-25.

<sup>4</sup> **Eren,** s.1169. **R. Becker- Schaffner:** Rechtsfragen zur Vertragsstrafe, BStZ ArbR 21/1979, s.321. **Santoro,** s.38-39.

<sup>5</sup> **Oğuzman/Öz,** s. 385-386. **Eren,** s. 1170-1171. **Santoro,** s. 6-10. Gösterdiği bazı özelliklerle cezai şartın şarta bağlı işlemlerden farklı olduğu da ileri sürülmektedir. Şarta bağlı işlemlerde şartın gerçekleştiğini ispat alacaklıya düşerken cezai şartta cezanın borçlanılmadığını ispat borçluya düşer. Şarta bağlı işlemlerde ifa etmeme borcun normal sonuçlarını doğurur. Oysa cezai şart borcun ifa edilmemesi borçluya yüklenebilen bir nedene dayanıyorsa muaccel olur. Bunun yanında şarta bağlı borç asıl borç niteliğinde iken, cezai şart fer'i niteliklidir. Bu farklılıkları göz önünde bulunduran Tunçomağ, cezai şartın götürü tazminat nitelikli bir edim olduğunu savunmaktadır. bkz. **Tunçomağ, Kenan** : Cezai Şart, İstanbul 1963. s. 38, 29-30. Diğer hukuki nitelendirmeler hakkındaki tartışmalar için bkz. aynı eser, s. 21-30. Ayrıca bkz. **Günay,** s. 30-37.

Alman hukukunda BGB § 133, 137, 339 vd.), şarta bağlı borçlara ilişkin BK. m. 149 vd. hükümlerinden önce bu özel hükümlere tabidir. Bu özel hükümlerde boşluk bulunması ve yapısına uygun düştüğü ölçüde şarta bağlı borçlara ilişkin hükümler uygulanır. Cezai şartın fer'iliği muaccel olduğu ana kadar devam eder. Cezai şart alacağı muaccel olduktan sonra bağımsız bir alacak niteliğini kazanır<sup>6</sup>.

Cezai şart, kural olarak her türlü borç için kararlaştırılabilir. Sözleşmeler dışındaki hukuki işlemlerden doğan borçlar için de cezai şart kararlaştırılabilir. Sebepsiz zenginleşmeden, haksız fiilden ve hatta nafaka borcu gibi aile hukukundan da doğabilir. Asıl borcun yer aldığı hukuki işlem tek taraflı bir hukuki işlem veya bir şirket ya da dernek tüzüğü de olabilir. Örneğin, bir dernek tüzüğünde üyelerin bazı eylem ve işlemleri hakkında kabul edilen cezai şartlar böyledir<sup>7</sup>.

Cezai şart, asıl edimden ayrı bir edim olmalıdır<sup>8</sup>. Borçlunun kişilik haklarına, kanuna ve ahlaka aykırı ya da imkansız olmayan her türlü edimin ceza olarak kararlaştırılması mümkündür (BK. m. 161/I). Bu serbesti cezanın miktarında olduğu gibi cezaya ilişkin edime de yöneliktir. Bu nedenle cezai şartın para şeklinde kararlaştırılması zorunlu değildir<sup>9</sup>. Manevi değerlerin cezai şart olarak kararlaştırılması söz konusu olamaz. Örneğin borçlunun kınanması gibi bir ceza, cezai şartın konusu değildir.

Cezai şart olarak borçlunun bir edimi yerine getirmesi değil de bir hak veya yetkisini kaybetmesi veya sınırlanması ya da değişikliğe uğraması ceza olarak kararlaştırılabilir mi? Doktrinde<sup>10</sup> ve uygulamada bunun BK. m. 158-161 anlamda bir şart sayılamayacağı belirtilmekle beraber, **Oğuzman**<sup>11</sup>, bu tür cezaların bir edim niteliği taşımamakla birlikte, BK.m. 158-161'in kıyasen uygulanmasını savunmaktadır. Ancak, bu farklı düşüncüyü bir tarafa bırakacak olursak hakim olan görüşe göre, bir hakkın kaybedilmesi, sınırlanması veya değişikliğe uğraması, sözleşmenin feshedilmesi, tazminat hakkının düşeceği gibi sonuçlar, bir edim niteliğinde olmadığı için cezai şart olarak değerlendirilemez<sup>12</sup>. Bu nedenle disiplin cezalarının hukuki niteliği de cezai şart ile izah edilemez.

<sup>6</sup> **Eren**, s. 1171. **Günay**, s. 28 ve 137 vd.

<sup>7</sup> **Oğuzman / Öz**, s. 386 ve aynı sayfa dip not 4. **Eren**, s. 1170. **Tunçomağ**, s. 7-12. **Günay**, s.91- 95.

<sup>8</sup> **Tunçomağ**, s. 12.

<sup>9</sup> **Oğuzman / Öz**, s. 387. **Eren**, s. 1170. **Günay**, s.22-23.

<sup>10</sup> **Tunçomağ**, s.13.

<sup>11</sup> **Oğuzman/Öz**, 388. Yazarlar BK. m. 160'da bu tür bir düzenlemenin yer aldığını ve cezai şarta ilişkin hükümlere atıfta bulunulduğuna dikkati çekmektedirler.

<sup>12</sup> Cezai şartın bir edim yükümlülüğü doğurması nedeniyle edim borcu doğurmayan bazı hukuki sonuçları meydana getiren yaptırımların hukuki nitelemesinin bu kavram içerisinde dahil edilemediği görülmektedir. Disiplin cezaları borç ilişkisi sınırları içerisinde izah

## 2- Cezai Şarttan İndirim Yapılmasını Gerektiren Haller

### a- Hakimin müdahale yetkisi

Sözleşmenin tarafları, kural olarak cezai şartın miktarını tayinde serbesttir (BK. m. 161/I). Cezai şartın, borçlu üzerinde adalete aykırı baskılara neden olabilmesi sakıncası<sup>13</sup> düşünülerek hakime sözleşmeye müdahale görevi verilmiştir.

Fahiş cezanın arttırılması için tarafların talepte bulunmasına gerek yoktur. Hakim durumu re'sen araştırmak, gerekiyorsa indirim yapmakla yükümlüdür. BK. m. 161/III hükmü, kamu düzeni ile ilgili bir hükümdür<sup>14</sup>. Zira BK. m. 161/III'ün lafzı, "hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir." hükmünü içermektedir.

Aynı durum, BK. m. 104 /II açısından da söz konusudur. Borçlar Kanununun 104/I. maddesine göre, faiz, mütedahil irat veya bağışladığı bir miktar paranın ödenmesinde geciken borçlu, bunlar için temerrüt faizini ancak icraya veya mahkemeye müracaat gününden itibaren ödemek zorundadır. Ancak bu kural emredici değildir. Yani taraflar sözleşme ile aksini kararlaştırmış olabilirler. Kanun koyucu, faiz ve irat alacaklarının yatırım amacıyla kullanılmayacaklarını; bağışlamada ise, bağışlayanın daha hafif şekilde sorumlu tutulmasının uygun olacağını göz önünde bulundurarak genel kuraldan ayrılmış ve temerrüt faizini, temerrüt tarihinden itibaren değil icraya veya mahkemeye başvurmadan itibaren işlemeyi uygun görmüştür<sup>15</sup>.

Ancak, BK. m. 104/I hükmü emredici bir hüküm getirmemektedir. Taraflar, temerrüt faizinin icraya veya mahkemeye başvurudan da önce başlayabileceğini kararlaştırabileceklerdir. İşte bu durumda, bu anlaşmanın taraflardan borçlu bakımından ağır sonuçlar doğurması halinde hakim, sözleşmeye müdahale ederek durumu borçlu lehine olmak üzere düzeltebilir. Borçlar Kanununun 104. maddesinin ikinci fıkrası hükmü,

---

edilebilir. Ancak, topluluk halinde var olmanın sonucu olan düzen kurallarının niteliği MK. m. 2'den doğan koruma normlarına dayanır. Dolayısıyla edimden bağımsız borç ilişkisi sınırları içerisindedir. Bkz. **Başbuğ, Aydın**, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999, s.44-46.

<sup>13</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**; Borçlar Hukuku, Genel hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s.472. **Eren**, s.1176. Cezai şart borçlunun korunmasına hizmet etmektedir. Bkz. **Santoro**, s. 112. Bu konudaki farklı görüşler için bkz. **Günay**, s.171-173.

<sup>14</sup> HGK, 24.1.1968, E. 4/1966-365, K. 45 (**Doğanay, İsmail**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi,Cilt I, 3. Baskı, Ankara 1990, s. 172-173). **Arkan**, s.136 dipnot 1. YHGK., 3.10.1973, E. 751, K. 391 (**Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet**; Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s. 339). Aksi görüş bkz. **Tunçomağ**, s.135.136. Yazar, ancak alacaklının indirim talebi ile hakimin sözleşmeye müdahale edebileceğini belirtmektedir.

<sup>15</sup> **Arkan**, s. 130. Y. 4. HD. 2.10.1989, 7458/7207 (Yasa Hukuk Dergisi, 1990, s. 858)

"bunun aksine dair olan her şart, cezai şart hakkındaki hükümlere tevfi-kan takdir olunur" şeklindeki düzenlemesi ile hakime bu yetkiyi vermektedir.

Hakim cezai şartın ya da BK. m. 104'de öngörülen temerrüt faizi alacağı miktarını indirebilmesi (BK. m. 161/III) için ceza ödeme borcunun doğması ve bu borcun muaccel olması halinde mümkündür. Borçlu henüz asıl borcunu ihlal etmemiş ve alacaklının bunu talep hakkı henüz doğmamış ise, cezanın indirilmesi istenemeyeceği gibi, hakim de re'sen böyle bir indirimde bulunamayacaktır. Cezai şartın talep edilebilir olduğu andan itibaren indirilmesi istenebilir<sup>16</sup>.

### **b- Cezanın indiriminde göz önünde bulundurulacak hususlar**

Fahiş cezai şartın indiriminde hakime sözleşmeye re'sen müdahale yetkisi veren BK. m. 161/III hükmü, hakime bir takdir hakkı tanımaktadır. Hakim bu hakkını MK. m. 4 sınırları içinde kullanacaktır<sup>17</sup>. Hakim tarafından re'sen göz önünde tutulması gereken indirim koşulları her şeyden önce sözleşmeden beklenen faydanın elde edilememesi ve borca aykırı davranılması yüzünden doğan zarar tutarının da incelenmesini zorunlu kılar. Hesap edilecek zarar tutarına göre cezai şart, adalet ve hakkaniyet gereklerine aşikar surette aykırı görülürse fahiş olarak değerlendirilmesi gereklidir. Ancak, hakimin yetkisi, sözleşme serbestisini ortadan kaldıran bir araç haline gelmemelidir. Unutulmamalıdır ki, cezai şart sözleşmesi, diğer sözleşmeler kadar korumaya değer bulunmaktadır<sup>18</sup>.

Cezai şartın indiriminde özellikle alacaklının edimini elde etmedeki menfaatinin dikkate alınmalıdır<sup>19</sup>. İki tarafın menfaatinin eşit tutulması zaten cezai şartın niteliği gereği mümkün değildir. Çünkü cezai şart, alacağın ifa edilmesinin garanti altına alınması için getirilmiştir. Alacaklının bu ifa menfaati maddi olabileceği gibi manevi de olabilecektir.

Sözleşmeden beklenen menfaatin elde edilememesi ve borca aykırı davranılması yüzünden doğan zarar tutarı da incelenmek zorundadır. Sadece fiili zarar değil, muhtemel zarar da hesap edilir. Yargıtay<sup>20</sup>, zararın kalem kalem hesap edilmesi gerektiği konusunda dikkati çekmektedir. Alacaklının menfaati ile cezai şart miktarı arasındaki oran mübalağalı ise, hakkaniyete aykırı olma unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

<sup>16</sup> Oğuzman/Öz, s.399. Günay, s.180.

<sup>17</sup> Uygur, Tanju, Cezai Şartın Tenkisi, Ankara Barosu Dergisi, Kasım-Aralık 1975, s.816-819.

<sup>18</sup> Günay, s.179.

<sup>19</sup> Oğuzman/Öz, 398. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.472. Eren, s.1177. Uygur, s. 816. Günay, s.182 vd. Santoro, s. 113.

<sup>20</sup> Y 3 HD., 27.10.1972, E.9569, K. 8169 (bkz. Uygur, s. 817).

Borçlunun borca aykırı davranışının ağırlığı da önemli bir ölçüdür. Borca aykırılıkta borçlunun kusurunun ağır olması durumunda cezai şartın aşırılığı olduğu kabul edilmeyebilecektir. Bu ağır kusurun bir de cezai şart tehdidi altında gerçekleştirildiğini düşünecek olursak, cezadan indirim için haklı bir neden ortada bulunmayacaktır. Borçlunun kusurlu davranışının yanında borca aykırılığın ağırlığı da bir ölçü olarak kabul edilmektedir<sup>21</sup>. Borçlunun kusuru ile borca aykırılık tamamen farklıdır. Borçlu hafif kusurlu olsa dahi borca aykırılık ağır olabilecektir. Asıl borcun müspet bir edim olması ve bunun kısmen ifa edilmesi sözleşmeye aykırılığın ağır sayılmasına engel olmaktadır. Bu gibi haller, cezai şarttan indirim nedenleri arasında sayılır. Ayrıca sürekli borç ilişkisi kuran sözleşme ile daha kısa borç ilişkisi kuran sözleşmeler arasında ya da rekabet yasağı gibi sözleşmelerin tip ve özellikleri de aykırılığın derecesinde dikkate alınmalıdır<sup>22</sup>.

Alacaklının kusuru da geçerli bir ölçüdür. Borcun ifa edilmemesinde borçlunun kusuru yanında alacaklının müterafık kusuru mevcut ise, bu dahi cezanın miktarından indirim nedeni olarak esas alınmalıdır.

Tarafların ekonomik durumu, özellikle ödeme kabiliyeti göz önünde tutulacaktır<sup>23</sup>. İndirim yetkisinin tanınmasının amacı, borçlunun haksız bir şekilde baskı altında kalmasını önlemektir. Ekonomik durumları birbirine yakın bulunan iki kişi arasındaki cezai şart miktarı aşırı görülmez. Buna karşılık ekonomik durumu bozuk olan tarafça vaat olduğu takdirde bu miktarın aşırılığı kabul edilebilir. Bu gerekçe cezai şartın miktarının denetlenmesi hassas bir durumu içerir. Ancak, borcun yerine getirilmemesindeki manevi baskıyı ortadan kaldıracak bir indirimde de gidilmemelidir.

Hakimin ceza tutarını indirme yetkisi, hiçbir zaman cezai şartın tamamen kaldırılması şeklinde kullanılamaz<sup>24</sup>. İndirim yapılırken, cezai şartı borçluyu, borcu ihlalden caydırıcı oluncaya kadar indirim yapmalıdır. Yine hakimin cezai şartı indirme yetkisi, ceza olarak kararlaştırılmış edimin yerine başka nitelikte bir edim tayin etme şeklinde de kullanılmamalıdır.

Borçlu cezanın indiriminden önceden feragat edemez. Ancak, ceza ödenmişse, hakim bunu daha sonra indiremez<sup>25</sup>. Çünkü ödeme, cezanın

---

<sup>21</sup> **Günay**, s. 191-192. **Santoro**, s. 113.

<sup>22</sup> **Santoro**, s. 114-115.

<sup>23</sup> **Uygur**, s. 817. **Günay**, s.193. **Santoro**, s. 114.

<sup>24</sup> **Uygur**, s.817.

<sup>25</sup> **Velidedeoğlu**, s. 338. **Oğuzman/Öz**, s.399. **Eren**, s. 1177. **Uygur**, s. 818. **Günay**, s. 181.

## **Kamu-İş; C: 7, S: 2/2003**

aşırı olmadığını ve bunu ödemenin durumunu aşırı derecede sarsmadığının kabulü anlamına gelir.

Fahiş cezai şartın indirimi kararı, yenilik doğuran bir karar olup geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur. Böylece, indirilmiş haliyle ceza tutarı daha başlangıçtan itibaren konulmuş sayılır.

Cezai şartın butlan yaptırımına bağlanması da söz konusu olabilir. Cezai şartın bağlı olduğu asıl borç ahlaka, adaba veya kanuna aykırı ise, cezai şart da talep edilemez. Cezanın ahlaka ve adaba aykırılığının yaptırımını (BK. m. 20/II) kısmi butlandır. Aksine sözleşmede hüküm bulunmadığı sürece borcun konusu borçlunun kusuruna dayanamayan imkansızlık nedeni ile sona ermişse şart olunan ceza da talep edilemez<sup>26</sup>. Ancak bu durumda borçlunun kusursuzluğu nedeniyle borçtan kurtulmak mümkündür. Cezai şartın talep edilememesinin gerekçesi borçlunun kusursuzluğu değil, cezai şartın asıl alacağa bağlı fer'i bir hak olmasıdır. Bununla beraber uygulamada, kusursuz imkansızlık halinde de borçlunun cezai şart ödeme yükümlülüğü sözleşmeye konulmaktadır<sup>27</sup>.

## **II- İŞ HUKUKUNDA CEZAI ŞART VE CEZAI ŞARTTAN İNDİRİM**

### **a- Uygulamada cezai şart**

Cezai şart şeklindeki işlemlere, gerek bireysel iş hukukunda gerekse toplu iş hukukunda sıkça rastlanmaktadır. İş yasalarımızda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu sözleşme hukukunun genel ilkeleri ve toplu iş sözleşmesi özerkliği sınırlarında değerlendirilmektedir.

Hizmet sözleşmesi eki niteliğinde bulunan işyeri iç yönetmelikleri ve işyeri uygulamaları ile de cezai şart kararlaştırılabilir. Bu durumda zımni kabule bağlı bir sözleşme hükümleri söz konusu olmaktadır. Genel iş koşulları ihtiva eden hizmet sözleşmeleri veya işyeri iç yönetmeliği ya da işyeri uygulamaları gibi genel iş koşulları ile belirlenen cezai şart, genel işlem şartlarında öngörülen korumaya tabi değildir<sup>28</sup>.

Hizmet sözleşmelerinde cezai şart öngörülmesi, genellikle işverenin fesih hakkını sınırlandıran düzenlemelere uymamasının ya da nitelikli işgücünün korunmasında da işçiyi işyerine bağlama düşüncesinin bir sonucudur. Nitelikli işgücünü kaybetmek istemeyen bir işverenin, sözleşmeyi belirli süreli yapması veya Borçlar Kanununun 348 ve devamı maddelerinde düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi

<sup>26</sup> Cezai şart butlan yaptırımına bağlandığı için indirime de konu olmaz. **Santoro**, s. 113. **Günay**, s.130.

<sup>27</sup> **Eren**, s. 1175. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 359. **Tunçomağ**, s.83. **Günay**, s.131.

<sup>28</sup> BAG 5.2.1986, 5 AZR 564/84, DB 1986, s.1980.

sona erdikten sonraya etkili olmak üzere rekabet yasağı kaydı koyması ya da cezai şart öngörmesi, amacını gerçekleştirmeye hizmet edecek hukuki yollardır. Ancak cezai şartın uygulanması durumunda cezanın ya iki taraflı eşit olarak kararlaştırılması ya da sadece işverenin ödemesi gerekmektedir. Tek taraflı olarak sadece işçiyi cezai şart ile bağlı tutan sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Tek taraflı olarak işçinin feshini zorlaştıran ve işveren karşısında daha ağır duruma getiren bu düzenleme BK. m. 340/III hükmünün amacına aykırıdır. Çünkü, yasa koyucu fesih hakkının güçleştirilmesine ilişkin hükümlerin getirilmesinde taraf menfaatlerinin eşit ölçüde ele alınmasını sağlamak istemiştir. Doktrininde<sup>30</sup>, belirli süreli hizmet sözleşmelerinde, sürenin bitiminden önce işverenin haklı nedenler olmaksızın sözleşmeyi sona erdirmesi karşısında işçinin BK. m. 325 uyarınca bakiye sürenin ücretini isteyebileceği, ancak süresinden önce fesheden işçi olduğunda işvereni koruyan bir hüküm bulunmadığı, bu eşitsizliği gidermek bakımından da sadece işçi aleyhine cezai şartın geçerli olması gerektiği savunulmuştur.

Hizmet sözleşmelerine cezai şart konulmasıyla, hizmet ilişkisi sırasında işçiyeye mesleki eğitim ve benzeri nedenlerle yapılan harcamaların garanti altına alınması da mümkündür. Yargıtay da<sup>31</sup> bu gibi durumlarda

---

<sup>29</sup> "... sözleşme tarafı davalının kendi rızası ile işten ayrılması halinde ....TL. cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmış ise de, işverenin haklı neden olmaksızın hizmet akdini feshetmesi halinde işverenin de cezai şartla sorumlu tutulacağına dair sözleşmede herhangi bir hükme yer verilmemiştir...Görülüyor ki bu haliyle sözleşme tek yanlı olarak işçi aleyhine düzenlenmiştir.Bu nitelikteki bir sözleşmenin cezai şart maddesi işçiyi bağlamayacağından işçi, sözleşmeyi feshetme yetkisine sahiptir..." Y. 9 HD., 17.11.1992, E.8777, K.12603 (**Soyer, Polat**, Karar İncelemesi, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1993, s.306-308). Aynı Yazar, Hizmet Akdinin İşçi tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Kamu-İş, Turhan Esener Armağanı, Nisan 2000, s.363 vd. **Kutal, Metin**, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, s. 41. **Günay**, s.44 vd. Sadece işveren için cezai şartın kararlaştırılabileceği görüşü için bkz. **Akyiğit, Ercan**; İş Hukuku, Ankara 2002, s.190.

<sup>30</sup> **Alpagut, Gülsevil**, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, 1998, s. 198-199. **Şahlanan, Favzi**, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, Genel Görüşme, s.78. **Oğuzman, Kemal** Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, Genel Görüşme, s. 84. **Soyer**, s.365-367.

<sup>31</sup> "Dairemizce sadece işveren yararına yer alan cezai şartın kural olarak geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Ancak söz konusu düzenleme belli bir neden bağlı olarak cezai şartın öngörüldüğünü belirtmektedir ki, bu tür özel haller söz konusu olduğu zaman cezai şartın tek taraflı olmasının sonuca etkili olmadığı düşünülmektedir. Gerçekten işveren büyük masraflar yaparak işçiyi yurt içinde ya da yurt dışında eğitime ya da kursa tabi tutmuş yani onu yetiştirmiş ise, işverenin belli bir süre işçiyi işyerinde çalışmaya mecbur tutması haklı görülmelidir./ Somut olayda cezai şart böyle bir nedenle konulmuş bulunduğuna göre, salt tek taraflı olması sonucu onun geçersizliğinin kabulü hakkaniyet ve adalet ilkeleri ile bağdaşmaz..." Y. 9 HD., 29.3.2000, E. 507, K. 4100 (**Soyer, Polat**, Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2000, s. 19-25). **Şahlanan, Favzi**, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, s.167-168. **Şahlanan, Favzi**, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, Genel Görüşme, s.168-169.



tek taraflı olarak işçinin cezai şartla yükümlü tutulmasını kabul etmektedir. Çünkü, bu eğitim sonucu işçi vasıf kazanmakta, işgücü piyasasında pazarlık gücü artmakta, bundan parasal yararlar sağlayacak duruma gelmektedir. Bu durumda tek taraflı da olsa hizmet sözleşmesini feshetmesi halinde işçinin aleyhine cezai şart öngörülmesi menfaatler dengesine uygun düşer.

Belirli süreli hizmet sözleşmesinde sürenin bitiminden önce işveren tarafından sözleşmenin haklı olmayan bir nedenle süresinden önce sona erdirilmesi karşısında kararlaştırılan cezai şartın işçinin BK. m. 325'den doğan talep hakkını ortadan kaldırıp kaldırmadığı sorusu akla gelmektedir<sup>32</sup>. Özellikle kararlaştırılan cezai şartın BK. m. 325 uyarınca talep edilebilecek tazminat miktarından az olması durumunda önem taşır. Bu durumda cezai şartı aşan zararı talep etmek hakkı her zaman vardır (BK. m. 159/II). Cezai şartın bakiye kalan süreden dolayı doğan tazminattan fazla olması durumunda, BK. m. 325/II'de düzenlenen mahsup kuralı uygulanmayacağı için ancak fahiş olan miktarın BK. m. 161/III'e göre indirimi söz konusu olacaktır.

Yukarıda değindiğimiz, sınırlar içerisinde kalmak koşuluyla tek taraflı olarak işçi aleyhine cezai şart eğitim giderleri karşılığında istihdamın güvencesinin garanti altına alınması gibi haklı nedenlerin varlığı halinde mümkündür. Bu istisnaların dışında cezai şart, ya iki taraflı olarak ya da tek taraflı ancak işveren aleyhine kararlaştırılabilmektedir. Yargıtay'ın son yerleşik içtihatlarına göre<sup>33</sup> işverenin fesih hakkının toplu iş sözleşmeleri ile sınırlandırılması mümkündür. Bu şekildeki sınırlandırmaların ihlaline karşılık taraflar cezai şartlar kabul etmektedir. Örneğin, işten çıkarma sıralamasına uyulmaması halinde, ihbar ve kıdem tazminatının üç misli olarak ödeneceği gibi bir cezai şart niteliğinde düzenlemeler yapılmaktadır<sup>34</sup>. Aynı durum, fesih hakkının kötüye kullanılması sonucunu

---

**Süzek, Sarper**, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1998, s. 120. **Günay**, s. 47-49.

<sup>32</sup> **Alpagut**, s. 196-197.

<sup>33</sup> "Toplu iş sözleşmesinin uygulandığı ve disiplin kurulunun işler bulunduğu işyerlerinde fesih işleminin kuruldan geçirilmemiş olması başlı başına fesih keyfiyetine haksız nitelik kazandırır". (Y 9 HD., 5.3.1996, 35962/3819, Yasa HD, Nisan 1996, s. 541). Karara konu olan toplu iş sözleşmesi hükmü şöyledir: "İşçi, işveren ilişkileri kurulunun kararı olmadıkça işveren BANKSİS üyelerinin hizmet akitlerini İş Kanununun 17/II maddesi hükümlerine göre feshedemez." Aynı şekilde bkz. Y 9 HD., 11.12.1995, 21053/35313, (Yasa HD, Mart 1996, s. 348). Y 9 HD., 16.10. 1995, 10875/ 31657 (Yargıtay Kararları, Kamu-İş 1990-1995, s. 207-208).

<sup>34</sup> Y 9 HD., 6.11.1991, E. 11567 K. 13949 (Türk Kamu-Sen, Aralık 1991, s. 15-16 ve Yargıtay Kararları, Kamu-İş 1990-1995, s. 80-81). Benzer nitelikteki kararlar, Y. 9 HD., 24.9.1992, E. 3164/, K. 10375 (YKD, Kasım 1992, s. 1708-1709). Yine Yargıtayın, iş yokluğu nedeniyle işten çıkarılacak işçiler hakkında işçi sendikası ile mutabık kalınmasını zo-

doğuruyorsa ne olacaktır? Hukuksal nitelikleri itibariyle farklı kurumlar olması nedeniyle hem cezai şartın hem de kötü niyet tazminatının aynı anda ödenmesi gerektiği savunulabilir. Ancak Yargıtay isabetli bir şekilde, böyle durumda her ikisinin değil, sadece işçi lehine olan birinin ödeneceğine karar vermektedir<sup>35</sup>.

Hizmet sözleşmelerinde cezai şart, sadece fesih hakkının kullanımının sınırlandırılması amacıyla hizmet etmemektedir. Özellikle, işverenin ücret ödeme borcunda<sup>36</sup> olduğu gibi işverenin borçlarını geciktirmeden yerine getirmesini sağlama gibi nedenlerle de iş hukukunda cezai şart kabul edilmektedir. İşçinin aylık ücretinin zamanında ödenmediği takdirde her gün için %3 gibi bir zamla birlikte ödenmesi cezai şart niteliğindeki bir düzenlemedir. Böyle kararlaştırılan gecikme zammı bir cezai şart olup, hukuki niteliği gereği bir faiz değildir<sup>37</sup>. Dolayısıyla bu borcun da yerine geç getirilmesinden dolayı faiz işletilebilecektir. Borcu belirli bir oranda zamla ödeneceğinin kararlaştırılması sözleşmesel bir temerrüt faizidir. Bu faiz, gecikmeden dolayı doğan zararı karşılar. Bu temerrüt faizi, bir cezai şarttır. Cezai şartın mutlaka maktu bir para olarak ödenmesi şart değildir. Cezai şart niteliğindeki bu temerrüt faizinin fahiş olduğu takdirde BK. m. 161/III'e göre bir indirim tabi tutulması da mümkündür.

---

runlu kılan ve cezai şartla güçlendiren toplu iş sözleşmesi hükümlerini kabul etmekte ve öngörülen cezai şartı BK. m. 161/III kapsamında fahiş görüldüğü takdirde indirim tabi tutan kararı, Y 9 HD., 24.11.1997, E. 14466, K. 19523 (Tühis, Şubat 1998, s. 74. **Sümer, Haluk Hadi**, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, s.107-108). Ayrıca bkz. **Ekmekçi**, s.69. **Arıcı, Kadir**; Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması, Gazi Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, C. I, sayı 1, Haziran 1997, s. 42. Yazar, cezai şart uygulamasında hakkın kötüye kullanılması ihtimaline dikkati çekmektedir. Ayrıca, İşten çıkarmalarda öngörülen bu şekildeki cezai şartın, kıdem tazminatının tavanını aşma yönünde bir hile olduğu yönündeki diğer bir görüş için bkz. **Akyiğit, Ercan**; toplu iş Sözleşmesinin Yorumu, Y 9 HD., 17.1.1991, E. 1990/9306, K. 207, Karar İncelemesi, İş Hukuku Dergisi Nisan-Haziran 1991, s. 268 vd. Yazar, İş Hukuku eserinde bu görüşü tekrarlamamaktadır. Bkz. s. 190 ve aynı sayfa dip not 216.

<sup>35</sup> Y 9 HD., 14.5.2001, E. 5528, K. 8372 karar ve diğer kararları için bkz. **Akyiğit**, s. 190 dip not 216.

<sup>36</sup> "... ücret alacağının geç ödenmesi nedeniyle her gün için %1 artırımlı olarak hüküm altına alınan miktar Yargıtay uygulamalarına göre cezai şart niteliğindedir. Bu nedenle Borçlar Kanununun 161/son maddesi dikkate alınarak uygun bir indirim yapılması gerekirken bu yönün üzerinde durulmamış olması isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir..." Y. 9 HD., 17.4.1995. E. 1994/19193, K. 13612 (İşveren Dergisi, Ekim 1995, s. 15-16. **Şahlanan, Fevzi**; Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1995, İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, İstanbul 1997, s. 9, Genel Görüşme, **Başbuğ**, s.27). Y 9 HD., 4.2.1993, E. 92/12492, K.1308 (**Akı, Erol**, Ferdi iş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, s.22-23).

<sup>37</sup> Faiz niteliğindeki cezai şart konusunda hukuksal niteliği yönünden tereddütler ortaya çıkmıştır. Bkz. Yargıtayın iş hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, **Ozanoğlu, Teoman**, s. 35, **Oğuzman, Kemal**, s.49-50.

Genellikle cezai şart, fesih hakkının sınırlanması veya ücret alacağı-  
nın gecikmesinin önlenmesi amacıyla kararlaştırılmaktadır. Diğer yandan  
bu hukuksal aracın iş hukukunun diğer konularında da kullanılması  
yaygınlaşmaktadır. Örneğin, işverenin hizmet sözleşmesi kurma yüküm-  
lülüğünün<sup>38</sup> garanti altına alınması amacıyla da toplu iş sözleşmelerinde  
cezai şart bağla düzenlemeler yapılmaktadır.

### **b- İş hukukunda cezai şartın indirimi**

Cezai şarttan indirim BK. m. 161/III hükmüne göre her olayın özelliği  
dikkate alınarak yapılmaktadır. Cezai şartın indirim koşullarının gerçek-  
leşip gerçekleşmediği ya da cezai şartın neden fahiş olduğu açıklanması  
gereklidir. Dolayısıyla öncelikle borçlar hukukunun cezai şarttan indirim  
koşulları ve koşullarında yanında iş hukukunun özellikleri dikkate alına-  
caktır. Ancak uygulamada hem ilk derece mahkemelerinin hem de Yargı-  
tay'ın bir neden açıklamaksızın cezai şarttan indirim yapılması gerektiğini  
hatta bu indirimin yapılmamış olmasını bir bozma nedeni olarak kabul  
ettiği görülmektedir<sup>39</sup>. Adeta cezai şarttan indirim yapılması, cezanın fahiş  
olup olmadığına bakılmaksızın uygulanması zorunlu görülmektedir.

Tek taraflı olarak işçiye cezai şartın kararlaştırıldığı ve bu cezai şartın  
işverenin işçiye eğitim vermesi, yurt dışına kurs, eğitim amacıyla gön-  
dermesinin mümkün olduğu durumlarda işçi tarafından ödenecek ceza

---

<sup>38</sup> "... davanın yasal dayanağını oluşturan TİS'nin 16/b maddesi "Muvazzaf askerlik  
hizmeti dolayısıyla işinden ayrılan işçiler askerlik bitiminden sonraki iki ay içinde müraca-  
atları halinde ve çalıştığı kadro doldurulmamış ise aynı işyerine alınırlar. İşe alınmaları  
halinde işçiye yasal hakları dışında, emsali işçinin o anki ücreti üzerinden üç aylık brüt  
ücreti tutarında işverence işe almama tazminatı ödenir." Şeklinde düzenlenmiştir. Görül-  
düğü üzere, anılan hukuki işlem ile işverenin askerden dönen işçisini işe alma borcunu ye-  
rine getirmemesi halinde ödemesi gereken, işçiye ispat yükü olmadan, zararını alabilme im-  
kanı sağlayan fer'i nitelikte, götürü bir edimle yükümlü tutulduğu belirgindir. Eylemin açık-  
lanan unsurlarından hareket edildiğinde işe almama tazminatının tipik ceza koşulu oldu-  
ğunun kabulü kaçınılmazdır....." YHGK., 15.10.1997, E. 9-486, K. 822 (YKD., Mart 1999,  
s.303 vd.)

<sup>39</sup> bkz. Y 9 HD., 4.11.1999, E. 13777, K. 16740 (İşveren Dergisi, Aralık 1999, s. 15). Y  
9 HD., 18.5.1999, E. 7844, K. 9102 (Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 1999, s. 38-39. Kar-  
arların eleştirisi için bkz. **Ekmekçi**, s. 69. YHGK., 15.10.1997, E. 9-486, K. 822 (YKD.,  
Mart 1999, s.303 vd.) Hukuk Genel Kuruluna konu Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 7.4.1997,  
E. 96/23037 ve K. 6709 sayılı ilamında "...Davacının askerlik dönüşü işe alınmaması ile il-  
gili TİS'nin 16/b maddesinde öngörülen niteliği itibariyle cezai şart kapsamında bulundu-  
ğundan, Borçlar Kanununun 161/son maddesi uyarınca tenkisinin düşünülmemiş olması  
hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin kararı bozul-  
muştur. Karara konu cezai şart miktarı, emsal işçinin o anki üç aylık brüt ücreti tutarıdır.  
İlk derece mahkemesinin direnmesi sonucu, Hukuk Genel Kurulu ceza miktarını fahiş bul-  
madığı için mahkeme kararı onanmıştır. Ancak, sonuca katılmakla beraber, gerekçenin  
doğru olmadığı kanaatindeyiz. Bu konudaki kanaatimizi işverenin tacir olması nedeniyle  
TTK. m. 24'e göre indirim talep edememesi konusunda tekrar ele alacağız.

miktarı çalışılan süreye göre indirim yapılarak belirlenmesi gereklidir<sup>40</sup>. Doktrinde<sup>41</sup> haklı olarak, böyle bir indirimin yapılabilmesi için, kararlaştırılan cezai şartın fahiş görülmesi şartı da zorunlu olmadığı ileri sürülmüştür. Bunun sonucu olarak çalışılan süre ile orantılı bir indirim yapıldıktan sonra, kalan kısım da fahiş görüldüğü takdirde mahkeme tarafından BK. m. 161/III uyarınca indirim yapılmasına da bir engel yoktur. Ayrıca eğitime rağmen uzun bir süre işçiye hak ettiği pozisyonun verilmemesi gibi işverenin sorumlu olduğu haklı nedenlerde de cezai şart miktarının indirimi kabul edilmelidir. Soyer<sup>42</sup>, işçinin ödeyeceği cezai şartta da objektif bir sınırlama getirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, sözleşme işveren tarafından feshedilseydi kendisine ödenecek miktar ne olacak idiyse, en çok o miktarda bir cezai şartı ödemekle yükümlü tutulabileceği kabul edilmelidir. Yazar bu sonuca, BK. m. 161/III ve BK. m. 340/III hükümlerini bir arada değerlendirerek ulaşmaktadır. Yazar BK. m. 161/III'ün uygulanabilmesi için ön koşul olarak aranan "fahiş olma" gerçekleşmeden de indirim yapılmasını savunmaktadır. Kararlaştırılan cezai şart fahiş olmasa dahi, yazara göre, fesih tarihi ile öngörülen sürenin sonuna kadar olan süre için ödenmesi gereken tazminatın fazla olamayacaktır. Diğer taraftan hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli olması ve eğitim masraflarının karşılığı olarak belirli bir süre hizmetin garanti altına alınmasını teminen cezai şart kararlaştırılmasında, işverenin ödeyeceği tazminatı ihbar süreleri ile sınırlı olması karşısında aynı gerekçelerle cezai şartın ihbar sürelerinden fazla olamayacağı gibi bir sonuç çıkacaktır.

Tarafların ileride cezai şarttan indirim yapılmasını engellemek amacıyla, önceden cezai şartın fahiş olmadığını beyan etmeleri ya da cezai şarttan indirim talep edilmeyeceğini kararlaştırmaları, BK. m. 161/III hükmünün kamu düzeni ile ilgili olması ve hakime re'sen bu görevi vermesi nedeniyle geçersizdir.

### **III- TACİR OLMANIN SONUÇLARI VE CEZAI ŞART**

Ticaretine ilişkin faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı<sup>43</sup> gibi davranma zorunda olan tacirlerin, Borçlar Kanununda öngörülen bazı koruyucu

---

<sup>40</sup> Soyer, Karar İncelemesi, Çimento İşveren, s.23. Yargıtay da içtihadını bu yönde geliştirmiştir. Y. 9 HD., E. 6271, K. 8515 (Ekmekçi, Ömer, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1999, s.64-65).

<sup>41</sup> Ekmekçi, s. 67.

<sup>42</sup> Soyer, s.367.

<sup>43</sup> Basiretli iş adamı gibi davranma kavramı hakkında bkz. Ünal, Kürşat; Tacirin basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti, Maliye Postası, Mart 1988, sayı 180, s.56-59, Mart 1988, sayı 181, s. 54-59, Nisan 1988, sayı 182, s.61-63, Nisan 1988, sayı 183, s. 46-52.

hükümlerden yaralandırılmasına gerek duyulmamıştır. Tacir sıfatına sahip olan borçlu, Borçlar Kanununun 104/II, 161/III ve 409. maddelerinde yazılı hallerde fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez (TTK. m. 24, Alman Ticaret Kanunu m. 348)<sup>44</sup>.

Ticaret Kanununun 24. maddesinin uygulanma koşulları;

a- ücret veya cezayı ödeyecek kişi, ticari işletmesi gereği borç yüklenen bir tacir olmalıdır.

TTK. m. 24'ün uygulanabilmesi için ücret veya cezayı ödeyecek kişinin, ticari işletmesi gereği borç yüklenen bir tacir ya da TTK. m. 14/III gereğince tacir gibi sorumlu tutulan bir kişi olması gereklidir. Dolayısıyla ticari işletme gereği olmayan işlemlerde borçlu taraf tacir olsa dahi, fahiş cezai şartın indirilmesi talep edilebilecektir. Bu sınırlama sadece gerçek kişi tacir için söz konusudur. Tüzel kişi tacirlerin adı sahaları bulunmadığı için, bu tür tacirler bakımından BK. m. 24 mutlak olarak uygulanır.

Fahiş cezai şartın ve ücretin indirilmesini talep edememe, tacirin, ticari işletmesiyle ilgili faaliyetleri dolayısıyla üstlendiği cezai şartlar ve ücretler nedeniyle mi, yoksa bu bağlılık aranmadan tacir sıfatını haiz borçlu bakımından genel olarak mı uygulanacağı hatıra gelebilir. Ancak, indirim talep edememe külfetinin, TTK. m. 20/II'de ön görülen basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümünün doğal bir uzantısı olduğu dikkate alınarak, gerçek kişi tacirin sadece ticari işletmesiyle ilgili, başka bir deyişle ticaretine ait faaliyetleri nedeniyle üstlendiği cezai şart veya ücretler bakımından olduğu kabul edilmektedir<sup>45</sup>. Çünkü bir tacirden ancak kendi ticaret alanına özgü incelikleri bilmesi beklenebilir. Ancak TTK. m. 21/I'de düzenlenen ticaret karinesi burada da uygulanır. Yani gerçek kişi tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını bildirmez veya işin adı sayılmasına halin icabı müsait olmazsa, işlem yine ticari sayılır ve bu işlem nedeniyle üstlenilen fahiş cezai şart veya ücretin indirimi talep edilemez.

İndirim talep edememe, işletme gereği borçlanmakla mümkündür. Ancak, borç işletme gereği doğsa bile, borçlu tacir değilse indirim talep edilebilecektir<sup>46</sup>. Borçlunun tacir olmadığı durumlarda yapılan işlemin

---

<sup>44</sup> İsviçre borçlar hukukunda tacir olmanın cezai şarttan indirim talep edebilmede bir öneminin olmadığını vurgulamak gereklidir. Bkz **Santoro**, s. 108 vd.

<sup>45</sup> **Arkan**, s. 135. **Poro, Reha/Yasaman, Hamdi**; Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2001, s. 112 vd.. **Aslan, Yılmaz/Şenyüz, Doğan/Ergün, Mevci**, Ticari İşletme Hukuku, Bursa 2002, s.78.

<sup>46</sup> **Battal Ahmet**, Tacirin İş Kanununa Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Borcuna TK. 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi? Karar İncelemesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER), C. 20, sa. 2, s.20 ve aynı sayfa dip not 3. **Arkan**, s. 136. **Poroy/Atamer**, s. 112-114. **Aslan/Şenyüz/Ergün**, s. 79. Aksi görüş için bkz. **Doğanay, İsmail**, Türk Ticaret Ka-

TTK m. 21/II gereği tacir olmayan taraf bakımından da ticari iş olması durumunda fahiş ceza veya ücretin indirilmesi daima mümkündür.

Fahiş cezanın indirilmesini isteyememenin doğrudan doğruya işletmesi gereği borçlanan tacirin bulunmasına bağlı olunca, tacir sıfatının hangi anda bulunması gerektiği sorusu akla gelmektedir. Acaba fahiş bir cezai şart ya da ücret ödenmesini öngören sözleşmenin yapılmasından sonra borçlunun tacir sıfatını kaybetmesi halinde, BK hükümlerine dayanarak indirim yapılması talep edilebilir mi? Bu gibi hallerde fahiş cezai şartın indirilip indirilemeyeceği hususunda karar verilirken, kişinin cezai şartı üstlendiği andaki hukuki statüsüne bakılmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir<sup>47</sup>. Buna karşılık, tacir tarafından üstlenilmiş ve cezai şarta bağlanmış bir borç, tacir olmayan bir kişiye nakledilirse (BK. m. 173/1), borcu devralan ve tacir sıfatını haiz olmayan kişi fahiş cezai şartın indirilmesini talep edebilecektir. Cezai şart borçlanıldığında, tacir sıfatına sahip olmayan bir işverenin borcu tacir olan bir işverene devretmesi durumunda borcu devralan işveren fahiş cezai şartın indirilmesini talep edememelidir.

Acaba işverenin işçiye karşı ödemekle yükümlü olduğu cezai şarta, işletmesi gereği borçlandığı bir edim midir? Yukarıda da değindiğimiz gibi, tüzel kişi tacirin adi iş- ticari iş ayırımı kabul edilmediği ve işlemlerinin tamamının ticari iş olduğu dikkate alınacak olursa, sadece gerçek kişi tacirler bakımından işlemin ticari iş olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, tüzel kişi işverenin işçiye karşı ödemekle yükümlü olduğu cezai şart ticari bir iş gereğidir ve TTK. m. 24 hükmüncü indirime tabi değildir<sup>48</sup>. Bunun yanında söz konusu işlem, aynı zamanda gerçek kişi tacir olan işveren için de ticari iş niteliğindedir. Çünkü TTK'nun 3. maddesinde ticari işler tanımlanırken bu konu gayet açık bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, "Bu kanunda tanzim olunan hususlarla bir ticarethaneye veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müessesesi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir" hükmü gereğince işveren ile işçi arasındaki hukuki ilişkide tacir yönünden işin ticari olduğu tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlidir.

Yargıtayın<sup>49</sup>, tacirin işçi ile kurmuş olduğu işlemler sonucu cezai şart ödemekle yükümlü olmasını hukukun bu açık düzenlemesi karşısında bir

---

nunu Şerhi, C. I, Ankara 1981, s. 156-157. Yazar, TCDD, Sümerbank gibi örnek verdiği tacir kuruluşların öğrencilere burs vermesi ve bunun karşılığında hizmet zorunluluğunu cezai şarta bağlayan sözleşmelerde, taraflardan birisinin tacir olması karşısında öğrencinin cezai şarttan indirim talep edemeyeceğini savunmaktadır.

<sup>47</sup> **Arkan**, s. 136 ve aynı sayfa dip not 5. **Doğanay**, s. 160-161.

<sup>48</sup> **Arkan**, s. 136. **Poroy/Atamer**, s. 113.

<sup>49</sup> YHGK., 15.10.1997, E. 9-486, K. 822 (YKD., Mart 1999, s.303 vd.).

ticari iş olarak değerlendirmediyi görmekteyiz. Uygulamada, özellikle bu hususun konu olduğu yargı kararının öneminden dolayı kısmı aktaracak olursak;

*"... 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."*

Kararın karşı oy yazısında kısaca, işlemin TTK. m. 3 anlamında bir ticari iş olduğu; İş Kanununda aynı konu düzenlenmediği gibi, İş Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu arasında özel kanun ilişkisinin de olmadığı vurgulanmaktadır. Bu nedenle cezai şarttan indirim talep edilemeyeceği belirtilmektedir.

Doktrinde<sup>50</sup>, Yargıtayın bu kararı eleştirilmiştir. Eleştirilerde karşı oy yazısında belirtildiği gibi bu işlemin bir ticari iş olduğu özellikle vurgulanmaktadır. Zaten Ticaret Hukukunda işlemin ticari iş olup olmadığı gerçek kişi tacirler için araştırılmaktadır. Özel yasalarda konunun ele alındığı bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla uyumsuzluğa TTK. m. 24'ün uygulanmasına engel bir durum da söz konusu değildir. Ayrıca, iş hukukunun kendine özgü yapısı işçi lehine sonuç doğurmalıdır ki, amaca uygun olsun. Bu yönden bakıldığında, hizmet sözleşmesinde yer alan ve işçinin borcu niteliğindeki bir cezai şart için indirim gerektiği düşünülebilir. İşçi karşısında işvereni koruyucu bir yorumun hizmet sözleşmesinin kendisine özgü yapısına dayandırılması mümkün değildir<sup>51</sup>. Tam aksine, cezai şartın alacaklısı durumunda olan işçinin korunması ilkesi, cezai şart borcunun fahiş olduğu gerekçesiyle işverenin indirim talep etmesini en-

<sup>50</sup> **Battal**, s.17- 23. **Arkan**, s. 136. **Poroy/Atamer**, s. 113.

<sup>51</sup> **Battal**, s.22-23.

gellemelidir. Yargıtayın tam aksine bir sonuca ulaşmak suretiyle işçinin elinden bu imkanı aldığı görülmektedir<sup>52</sup>.

b- bir sözleşme ile cezai şart taahhüdü altında olma,

Cezai şart fer'i nitelikte bir borç olması ve asıl borca bağlı bulunması nedeniyle, geçerli bir cezai şart sözleşmesi bulunmalıdır. Cezai şartın bağlı olduğu borcun kaynağı bir hukuki muameleden, bir haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden ya da diğer borç kaynaklarından meydana gelebilir. Cezai şartın sözleşme ile birlikte düzenlenmesi mümkün olduğu gibi diğer borç kaynaklarında olduğu gibi ayrı bir sözleşmeyle de belirlenmesi mümkündür.

c- faiz, mütedahil irat veya bağışlana bir miktar paranın ödenmesinde geciken borçlu tacirin sözleşme ile icraya veya mahkemeye başvuru tarihinden önce işleme başlayacağını kararlaştırılması

Yukarıda değindiğimiz BK. m. 104/I'in emredici bir hüküm içermediğini gördük. Taraflar, temerrüt faizinin icraya veya mahkemeye başvurudan da önce başlayabileceğini kararlaştırabileceklerdir. İşte bu durumda, bu anlaşmanın taraflardan borçlu bakımından ağır sonuçlar doğurması halinde hakim, sözleşmeye müdahale ederek durumu borçlu lehine olmak üzere düzeltebilir. Ancak bu imkandan ticari işletmesi gereği borç altına giren tacir olan işveren yararlanamayacaktır.

Borçlunun tacir ya da tacir gibi sorumlu olduğu durumlarda fahiş cezai şartın ya da ücretin indirimini isteyememesi kuralına tanınan istisnalar da sınırlı bulunmaktadır. Öncelikle borçlu tacirin Borçlar Kanununun 21, 23 vd. maddelerinde düzenlenen irade beyanını sakatlayan nedenlerin varlığı her zaman ileri sürülebilecektir. Hatta tacir, muzayaka halinde sözleşme yapmak zorunda kalmış ise, gabin hükümlerinden de (BK. m. 21) yararlanabilecektir<sup>53</sup>. Ancak, tacir bakımından ticaretiyle ilgili faaliyetlerinde tecrübesizlik düşünülemezdir (TTK. m. 20/II).

Yine BK. m. 19/II ve 20 çerçevesinde cezai şartın, ahlak ve adaba aykırı düşecek derecede yüksek olduğu hallerde geçerli olamayacaktır<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> **Battal**, s. 23.

<sup>53</sup> **Arkan**, s.137. **Poroy/Ataman**, s. 114. **Doğanay**, s. 157. Aksi görüş bkz. **Oğuzman/Öz**, s.400. **Eren**, s.1178. Yazarlar, cezai şart anlaşmasının ivazlı olmadığından ceza tutarının aşırı olmasını kabul etmemektedirler. Ancak bu tacir olmanın sonucu ile ilgili değil, tüm cezai şart halleri ile ilgili bir gerektir ki, bu durumda cezai şart kurumunun varlığını sorgulayıcı bir ifade olmaktadır.

<sup>54</sup> "... Ticaret Kanununun 24. maddesi, Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi yalnız fahiş ola dahi cezai şartın indirilemeyeceği esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlak- adaba ve emredici hükümlerin koyduğu kuralara aykırı olan cezai şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir. Maddede bu sonucu veren



Yargıtay, cezai şartın miktarı, borçlunun ekonomik özgürlüğünü kabul edilemez derece sınırlayıp, onun ekonomik mevcudiyetinin büyük bir tehlike altına sokulmasına veya yıkılmasına neden olduğu durumda cezai şartın, ahlak ve adaba aykırı olduğunu kabul etmektedir<sup>55</sup>. Burada ahlak ve adaba aykırılığın yaptırımı (BK. m. 20/II) indirim değil, cezai şartın veya cezai şart ile birlikte işlemin geçersizliğine izin verir. Bununla birlikte, TTK. m. 1466'nın kıyasen uygulanması sonucu ceza tutarının indirimi şeklindeki çözümün kabul edilmesi<sup>56</sup> gerektiği de savunulmaktadır.

#### **IV- TACİR SAYILAN VE CEZAI ŞARTTAN İNDİRİM TALEP EDEMEYEN İŞVERENLER**

Cezai şarttan indirim talep hakkı bulunmayan tacir sıfatının tespiti ticaret hukukunun bu konudaki düzenlemeleri ve ilkeleri esas alınacaktır. Ticaret hukukuna göre tacire kısaca değinmek gerekirse;

Bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kişi tacirdir (TTK. m. 14/I). TTK.'da ticari işletme özel olarak tanımlanmamıştır. Sadece, 11,12 ve 13. maddelerinde hangi müesseselerin ticari işletme sayılacağı gösterilmiştir. Buna karşılık ticaret sicili nizamnamesine göre, bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlılık arz etmeyen işler ile esnaf faaliyetini aşmayan işler ticari işletme sayılmamaktadır. Dolayısıyla esnaf kabul edilen işverenler cezai şarttan indirim talep edebileceklerdir.

Bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten gerçek kişi işveren tacirdir. Bir ticari işletme mevcut olmamakla beraber, ticari işletme açmış gibi işlemlerde bulunan kişi, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olacağından cezai şarttan indirim talep edemeyecek ve hakim tarafından da re'sen uygulanmayacaktır.

Tüzel kişiler içerisinde ticari şirketler, ticari olmayan hayat alanına sahip tacirlerdir (TTK. m. 18/I). Ayrıca bir ticari işletme işleten dernekler ve vakıflar tacirdir. TTK. m. 18/II'de sosyal düşüncelerle, kamu tüzel kişileri ile kamuya yararlı derneklerin ticari işletme işletseler dahi tacir sayılmayacakları açıklanmıştır. Dolayısıyla işveren olarak, kamu tüzel kişisi işverenler ile kamuya yararlı dernekler cezai şarttan indirim talep edebileceklerdir. Vilayet, belediye ile kamu tüzel kişilerinin istihdam ettikleri işçilerden dolayı kararlaştırılan cezai şartı BK.m. 161/III'e göre indirimini isteme yetkisi olduğu gibi bu husus hakim tarafından da kendiliğinden

---

bir hüküm yoktur...." YHGK., 20.3.1974, E. 1970/1053, K. 222 (YKD., 1977, s.21) . **OğuzmanÖz**, s.400. **Eren**, s.1177. **Arkan**, s.137. **Poroy/Ataman**, s. 114.

<sup>55</sup> YHGK., 20.3.1974, E. 1970/1053, K. 222 (YKD., 1977, s.22). Y. 13. HD., 3.10.1988, E. 2765, K. 4383 (YKD., 1989, s. 1598). **Doğanay**, s. 158-159. **Aslan/Şenyüz/Ergün**, s. 79.

<sup>56</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 400. **Doğanay**, s. 160.

**Kamu-İş; C: 7, S: 2/2003**

gözetilecektir. Ancak kendi kuruluş kanununa göre özel hukuk hükümleri çerçevesinde idare edilmek ve ticari şekilde işletilmek üzere devleti vilayet, belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan müesseseler tacir sayılır.

Tacirlere ilişkin hükümler, TTK. m. 19 dolayısıyla donatma iştirakine de uygulanacağı için, bir işveren olarak tüzel kişiliği olmayan donat iştiraki de cezai şarttan indirim talep edemeyecektir.

**SONUÇ**

Hukukun diğer daları ile beraber iş hukuku bir bütünün parçasıdır. Sosyal hukuk olmasına rağmen diğer hükümlerden soyutlamak mümkün değildir. İşveren aynı zamanda ticaret hukukuna göre bazı ayrıcalıklar ve mükellefiyetler yüklenmiş tacir sıfatına sahip kişi de olabilmektedir. Bu yönüyle işverenin iş hukukunda tacir olmasının sonuçlarını da incelemeye değer bir konu olarak görmekteyiz. Bu incelememizde, tacir olmanın sonuçlarından sadece iş hukukunu yakından ilgilendiren cezai şarttan indirim talep edememe konusunu ele aldık. Tacir sıfatına sahip olan işverenler cezai şart miktarından Bk. m. 161/III'e göre indirim talep edemeyeceği gibi bu husus hakim tarafından da re'sen değerlendirilemeyecektir.