

KARAR İNCELEMESİ

TEMSİLCİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE KÖTÜNİYET TAZMİNATI VE CEZAI ŞART

Prof. Dr. Fevzi DEMİR
Dokuz Eylül Üniversitesi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

E.2005/5495

K.2005/6735

T.2.3.2005

2821/m.30:1475/m.13:818/m.161

ÖZET : Davacının sendika işyeri temsilcisi olarak haksız işten çıkarılması işlemine karşı yargı yoluna gittiği mahkemece işine iadesine karar verildikten sonra işe başlamıştır. Ancak 2821 sayılı Sendikalar Kanunu 30. maddesi uyarınca boşta geçen süre için ücretlerinin ödenmesini istemesi karşısında iş sözleşmesinin askıya alındığı gerekçe gösterilerek feshedildiği, mahkemenin de kabulündedir. İhbar tazminatının vasıflı şekli olan kötüniyet tazminatı cezai şart olmayıp 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesinde düzenlenmiş işverenin kötüniyetli feshine karşı getirilmiş hukuki bir yaptırımdır. Borçlar Kanununun 158-161. maddeleri arasında yer alan cezai şart ise akdin icra edilmemesi veya tam olarak yerine getirilmemesi halinde belirlenmiş bir sözleşme tazminatıdır. Hakim cezai şartı fahiş görürse tenkis ile yükümlüdür. Ancak kötüniyet tazminatı böyle bir nitelikte bulunmayıp yüksek miktarlara ulaşsa da hakimin müdahalesine tabi değildir.

Böyle olunca kötüniyet tazminatında 1/2 oranında indirime gidilmesi hatalıdır.

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar ve kötüniyet tazminatı, ücret, yıllık izin ile ilave tediye alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : 1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacının temyizine gelince;

Davacının sendika işyeri temsilcisi olarak haksız işten çıkarılması işlemine karşı yargı yoluna gittiği mahkemece işine iadesine karar verildikten sonra işe başlamıştır. Ancak 2821 sayılı Sendikalar Kanunu 30. maddesi uyarınca boşta geçen süre için ücretlerinin ödenmesini istemesi karşısında iş sözleşmesinin askıya alındığı gerekçe gösterilerek feshedildiği, mahkemenin de kabulündedir. İhbar tazminatının vasıflı şekli olan kötüniyet tazminatı cezai şart olmayıp 1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesinde düzenlenmiş işverenin kötüniyetli feshine karşı getirilmiş hukuki bir yaptırımdır. Borçlar Kanununun 158-161. maddeleri arasında yer alan cezai şart ise akdin icra edilmemesi veya tam olarak yerine getirilmemesi halinde belirlenmiş bir sözleşme tazminatıdır. Hakim cezai şartı fahiş görürse tenkis ile yükümlüdür. Ancak kötüniyet tazminatı böyle bir nitelikte bulunmayıp yüksek miktarlara ulaşsa da hakimin müdahalesine tabi değildir.

Böyle olunca kötüniyet tazminatında 1/2 oranında indirime gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 2.3.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

Kararda da görüleceği gibi, davacının “işyeri sendika temsilcisi” olduğu kesin olmakla birlikte, davanın 4773 sayılı yasa değişikliğinden önce mi, sonra mı açıldığı akılları karıştırmaktadır. Çünkü, davanın Esas ve Karar sayısı 2005 yılına ait olduğuna göre 4773 sayılı yasadaki sonra açıldığı anlaşılmaktadır. Buna karşılık, Yargıtay kararında “1475 sayılı İş Kanununun 13. maddesine göre düzenlenmiş işverenin kötüniyetli feshinden” bahsedildiğine göre, olayın 4773 sayılı yasadaki öncesine ait olduğu, temsilcinin boşta geçen süreye ait ücretleri işveren tarafından

ödenmediği gibi iş sözleşmesinin “askıya alındığı gerekçe gösterilerek feshedildiği”, bunun üzerine temsilcinin zamanaşımı süresi içinde doğrudan “kıdem, ihbar ve kötüniyet tazminatı, ücret, yıllık izin ile ilave tediye alacağına ödemesine karar verilmesini istediği”, isteği kısmen hüküm altına alan mahkemenin kararının yukarıdaki gibi sadece “kötüniyet tazminatı” bakımından bozulduğu anlaşılmaktadır.

Bu nedenle aşağıda kararın incelenmesi “temsilcinin iş sözleşmesinin feshi” bakımından hem 4773 sayılı yasa değişikliği öncesine ait hem sonrasına ait 30. madde hükümlerine göre değerlendirilerek birinci sonuç açıklanacaktır. Daha sonra, “kötüniyet tazminatı” ile “cezai şartın” hukuki niteliği karşılaştırılarak ikinci sonuca varılacaktır.

1- Temsilcilik Güvencesinin Feshi

a- 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Öncesi İş Sözleşmesinin Feshinde Temsilcilik Güvencesi

4773 sayılı yasayla değiştirilmeden önce Sendikalar Kanununda temsilcinin hizmet sözleşmesinin feshi sadece “*haklı sebeple*” sınırlandırıldığından, işverenin bu sebebi bugün de olduğu gibi “*açık ve kesin*” bir biçimde ve “*yazılı*” olarak belirtmesi gerekiyordu. Bunun sonucu, işyeri sendika temsilcisinin hizmet sözleşmesinin feshi, İş Kanununun 17’inci (şimdi 25’inci) veya Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun yasadışı greve ilişkin 45/1’inci maddesinde sayılan “*haklı sebepler*” dışında temsilcinin iş sözleşmesinin feshi mümkün görülüyordu¹. Üstelik, temsilcinin hizmet sözleşmesinin feshinin “*sendikal faaliyet*” nedeniyle yapılmış olması da şart değildi. Nitekim Yargıtay da bir kararında, temsilcilik güvencesinden yararlanmak için, “*çıkarmanın sendikal faaliyet nedeniyle*” yapılmış olmasını şart görmemişti².

¹ Krş. Ö.EYRENCİ, Sendikalar Hukuku, BANKSIS Yayınları No:3, İstanbul, 1984.s.s.161. İşverenin “temsilcilerin işine son verebilmesinin ancak İş K.md. 17’ye (şimdiki md.25’e) göre olabileceği, bunun dışındaki fesihlerde feshin geçersiz sayılarak temsilcinin işe iadesine karar verileceği” hakkında bkz: F.ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, BASISEN Yayınları No:6, İstanbul, 1986, s.276.

² 9 HD, 20.12.1978, E.78/12263, K.78/161174-İHU, Sen.K.20 (No: 4), M.EKONOMİ incelemesi; F.DEMİR, Çalışma Hakkının Korunması, (İş Güvencesi), Belediye İş Sendikası , İstanbul 1986, s.185 N.ÇELİK, İş Hukuku Dersleri,..s. 304.

Bundan başka, işveren “yazılı” olarak yaptığı fesih bildiriminde sebebini de “açık ve kesin” olarak belirtmesi gerektiğinden, işveren fesih bildiriminde belirtilen ve işçiye tebliğ edilen sebeple bağlı kalıyor, sonradan fesih sebebini değiştirme yoluna gidemiyordu. Çünkü, bu sebebın varlığını mahkemede “ispat yükümlülüğü” de yine işverene aitti. İşveren, Kanunun aradığı “haklı sebebın” varlığını ve buna dayanarak sözleşmeyi feshettiğini ispat ederse, fesih geçerli olacak ve temsilcinin işine iadesi söz konusu olmayacaktı. Buna karşılık, işverenin ileri sürdüğü sebep derhal feshe hak veren nitelikte değilse veya haklı sebebın varlığı ispat edilememişse yada işveren fesih bildirimini için İş Kanununun 18’inci (şimdi 26’ncı) maddesinde öngörülen “altı iş günlük” hak düşürücü süreyi geçirmişse, bu taktirde mahkeme temsilcinin işine iadesine karar verecek demektir³.

Öyleyse, işyeri sendika temsilcilerinin temsilcilik güvencesinden yararlanabilmeleri, hizmet sözleşmelerinin işveren tarafından sadece “feshedilmesi halinde” söz konusu olmakta; ister bireysel ister toplu işten çıkarmalarda olsun, işverenin bildirimli (önelli) veya haklı sebep olmaksızın yaptığı derhal (önelsiz) fesihlerde, temsilciler iş güvencesinden (işine iadede) yararlanmaktaydı⁴. Hangi gerekçeye dayanırsa dayansın, mahkemenin işvereni haksız bularak temsilcinin işine iadesine karar vermesi halinde, “temsilcinin işinden çıkarıldığı tarihten başlamak üzere, temsilcilik süresinin devamınca ücreti ve diğer hakları işveren tarafından ödenecekti”. Bir başka deyişle, temsilcinin işten çıkarıldığı tarihten yeniden işe başladığı tarihe kadar geçen süre içinde “ücreti ve diğer (bütün) hakları” kendisine ödenmek gerekiyordu. Bu ödeme “fesih geçersiz” sayıldığı için “iş gördürülmemiş olsa bile” yerine getirilecek ve fakat “temsilcilik süresi” ile sınırlı olacaktı. Bununla birlikte, “yeniden temsilciliğe atanma halinde” bu hüküm “yeniden uygulanacaktı” (4773 sayılı yasa ile değiştirilmeden önceki Sen.K.md. 30/1). Bu durumda, işveren tarafından yapılacak ödeme temsilcinin görev süresiyle sınırlı olmakla birlikte, sürenin sonunda temsilcinin yeniden atanması halinde yeniden başlıyordu. İşine iade kararı verildiği halde işveren tarafından işe başlatılmayan temsilci ise, yeniden temsilci atanması koşuluyla her defasında yeniden ücret ve diğer haklardan oluşan “tazminata” hak kazanıyordu.

³ Ö.EYRENCİ, s.164; F.ŞAHLANAN, s.279; M.EKONOMİ, İşyeri Sendika Temsilcilerinin Atanması Görevleri ve Teminatı, İşyeri Sendika Temsilcilerinin Görevleri ve İşlevleri Eğitim Semineri, BASİSEN Yayınları No:7, İstanbul, 1986, s.26; F.DEMİR, Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), s.188-189; A.TUĞ, Sendikalar Hukuku, Ankara 1992, s.185

⁴ Ö.EYRENCİ,s.161; F.DEMİR,Çalışma Hakkının Korunması, (İş Güvencesi) s.186;F.ŞAHLANAN, s.276.

Nitekim Yargıtay, “karara karşın göreve iade edilmeyen temsilci boşta geçen süreler için ücretini alır ve bu süre sigortalılığa sayılır” sonucuna varmıştı⁵. Ancak, Yüksek Mahkeme, işe iade halinde işçiye ücreti ve diğer bütün haklarının ödenmesine ilişkin Sendikalar Kanununun bu hükmünün uygulanmasında; “hâkimin Borçlar Kanununun 325’inci maddesini res’en dikkate alarak, temsilcinin işi yapmamasından dolayı tasarruf ettiği, yahut diğer bir işte kazandığı veya kazanmaktan feragat ettiği şeyi mahsup etmesi gerektiğini” karara bağlamıştı⁶. Böylece, gerek Kanunda gerekse mahkeme kararlarında, temsilcinin ücreti ve diğer bütün hakları ödenmek koşuluyla, işverene temsilciyi çalıştırmama hakkının tanındığı ileri sürülüyordu⁷.

Nihayet, Sendikalar Kanunumuza göre mahkemece işine iadesine karar verilen temsilcinin, “altı işgünü” içinde işe başlaması gerekiyordu. Bu süre içinde işe başlamayan işçiye, mahkemece öngörülen tazminat ödenmiyordu. Bir başka deyişle, mahkemece işine iade kararı verilmesinden itibaren altı işgünü geçtiği halde işe başlamayan işçiye, işverenin artık işe alma zorunluluğu bulunmuyordu. Öyle ki, altı işgünü içinde işe başlamayan işçiye, işverenin “ücret ve diğer (bütün) haklarından” oluşan “tazminatı” da ödeme zorunluluğu bulunmamaktaydı⁸. Bu konuda mahkeme kararı kesin olmakla birlikte, Kanun “işçinin kanundan ve toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını saklı” tutmuştu. Bu nedenle altı işgünü içinde yeniden işe başlamayan işçinin, örneğin feshin haksızlığını öne sürerek sadece ihbar ve kıdem tazminatı

⁵ 10.HD, 16.11.1982, E.82/4410, K.82/5056-Tüba, C3/1, Gn.s.55; 9 HD 24.11.1992, E.992/9430, K.992/12779-Çimento İşv.D., Ocak-1993, s.29-31 C.TUNCAY’ın İncelemesi; Aynı dergi, Temmuz-1993, s.14-18 HGK, 27.5.1992 E.992/9-282, K.992/361 sayılı karar ile onanan 9 HD, 27.1.1992, E.991/12625, K.992/647 sayılı karar-İşveren D., Şubat-1993, s.15-16; N.ÇELİK, 1992 Yılı Yargıtay Kararları Semineri, s.106-107; Buna karşılık, “toplular iş sözleşmesinin bitiminde sendika henüz yetki almamış ise, sözleşmenin bitimi ile temsilcilik görevi de sona ermiş olduğundan, davacı artık temsilcilik görevine bağlı olarak, ondan sonraki süre için işçilik haklarını isteyemez.” 9.HD.25.2.1991, E.1990/11603 K.1991/2759, Yargıtay Kararları 1990-1995, KAMU-İŞ, Ankara 1996, s.462; Aksi görüş: 9.HD. 4.11.1994, E.1994/11120, K.1994/15310 - KAMU-İŞ, s.437

⁶ 9 HD, 11.4.1984, E.84/2857, K.84/3863-YASA D., Temmuz-1984, s.996: Aksi görüş, S.TAŞKENT, İşyeri Sendika Temsilciliği, Münir EKONOMİ Armağanı, Kamu-İş, Ankara 1993, s.269

⁷ Krş.E.İNCE, Toplu İş Hukuku, İstanbul, 1983, s.132; Ö.EYRENCİ, s.165-167; M.EKONOMİ, İşyeri Sendika Temsilcileri, s.27; F.DEMİR, Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), s.189

⁸ 9 HD, 2.4.1985, E.85/3203, K.85/3548, YKD, Şubat-1986, s.223; Ş.KIRAL, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu Gerekçeli-İçtihatlı, BAŞİSEN Yayınları, No:17, İstanbul, 1988, s.107

haklarını talep etmesi mümkün oluyordu⁹ (4773 sayılı yasayla değiştirilmeden önceki Sen.K.md.30).

İnceleme konusu yapılan yukarıdaki kararda da, aşağıda da görüleceği gibi, işe iadeye rağmen boşta geçen süreye ait ücretlerini istediği için işveren tarafından iş sözleşmesi askıya alınmak suretiyle “feshedilen” davacı temsilcisinin, artık “işverenle uğraşmayı” bir kenara bırakarak “ihbar, kıdem, kötüniyet, ücret, yıllık izin ile ilave tediye alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istediği” anlaşılmaktadır.

b- 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Sonrası İş Sözleşmesinin Feshinde Temsilcilik Güvencesi

aa) Temsilcinin İş Sözleşmesinin Fesih Şartları

4773 sayılı yasayla yapılan değişikliklerden sonra, İş Kanunu ve TİSGLK hükümlerine göre artık tazminatsız olarak sadece “haklı sebeple” değil (İş K. md.25; TİSGLK md.45/1), aynı zamanda ihbar ve kıdem tazminatlı “geçerli sebeple” de işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesi feshedilebilmektedir (İş K. md.17-18). Bununla birlikte, işyeri sendika temsilcisi tarafından “bir aylık” süresi içinde açılan davada, mahkeme “yazılı” fesih bildiriminde “sebepe gösterilmediğini veya gösterilen sebebin geçerli olmadığını” tespit ederse, “feshin geçersizliğine” karar verecektir (İş K.md.21/1). Böyle bir karar, temsilcinin “davranışı veya verimi ile ilgili” nedenlerle özellikle “savunması alınmadan” yapılan her türlü fesihte verilir. Gerçekten, temsilcinin savunması alınmadan yapılan fesih, geçerli bir sebebe dayansa bile artık “geçersiz” sayılacaktır. Zira getirilen bu hüküm “kamu düzeni” ile ilgili olduğundan, aksi sözleşmelerle de kararlaştırılmayacaktır¹⁰.

Öte yandan, “yazılı” fesih bildiriminde “açık ve kesin” olarak belirtilen “geçerli fesih sebebini” işveren daha sonra değiştiremeyeceği gibi, sebebin varlığını “ispat külfeti” de işverene aittir (İş K.md.20/2). Gerçekten, işveren Kanununun aradığı “geçerli bir sebebin” varlığını ve bu sebebe dayanarak temsilcinin sözleşmesini feshettiğini ispat ederse, iş

⁹ E.İNCE, s.132-133; Ö.EYRENCİ, s.167; F.DEMİR, Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), s.190; Değişik bir görüş için Krş. F.ŞAHLANAN, s.281 vd.

¹⁰ F.DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005,s.383-384

sözleşmesinin feshi geçerli olacaktır¹¹. Bu gibi hallerde, işveren sadece şartları gerçekleşen ihbar ve kıdem tazminatları ile maddi ve manevi tazminattan sorumlu tutulacaktır¹². Buna karşılık, işverenin öne sürdüğü “geçerli sebebin” varlığı ispat edilememişse, bu takdirde işveren işçinin “işe iadesi” ile buna bağlı olarak doğabilecek “tazminat” ve “işçinin dört aya kadar olan ücret ve diğer hakları” ile şartları gerçekleşen “ihbar”, “kıdem”, “maddi ve manevi” tazminatlardan sorumlu tutulabilecektir.

Bununla birlikte, Kanunda işverenin “haklı sebeple” temsilcinin iş sözleşmesini “önelsiz” ve “tazminatsız” fesih hakkı da saklı tutulmuştur (İş K.md.19/2). Buna göre, temsilcinin “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerinde” (İş K.md.25/II), işveren hizmet sözleşmesini derhal feshedebilecektir. Maddede açıkça belirtilmemekle birlikte, temsilcinin “yasadışı grev kararına katılması” veya başka işçileri yasadışı greve “teşvik etmesi” (TİSGLK md.45/1) hallerinde de, “önelsiz” ve “tazminatsız” haklı sebeple fesih hakkının işverence kullanılması söz konusu olabilecektir. Gerçi, Kanunda “iş güvencesi” ile ilgili değişiklikler yapılmadan önce de işverenin haklı sebeple ihbarsız ve tazminatsız fesih hakkı bulunuyordu. Ancak, yeni hükümler eskisinden farklı olarak işverene “geçerli bir sebebin” varlığını ispatlamak koşuluyla temsilciyi “ihbar önell” ve “kıdem tazminatlı” olarak işten çıkarma hakkını tanımaktadır¹³.

bb) Temsilcinin Dava Açma Hakkı ve Süresi

Temsilcinin dava açma hakkı da İş Kanunu hükümlerine uygun olarak kullanılacağından (4773 s.k.la değişik Sen.K.md.30), tıpkı diğer işçiler gibi fesih bildiriminin “yazılı” yapılmadığı, yazılı yapılmakla birlikte “sebebin” belirtilmediği, sebep belirtilmekle birlikte “sebebin geçerli” olmadığı hallerde temsilci dava açma hakkını kazanacaktır. Davanın, işyerinin bulunduğu yerdeki İş Mahkemesinde (veya iş davalarına bakmakla görevli Asliye Hukuk Mahkemesinde) açılması gerekir (İş K. md. 20/1). Kanunda “sendikanın” dava açma hakkına yer verilmemekle birlikte, temsilci doğrudan kendisi böyle bir davayı

¹¹ “Feshin işletmenin gereklerinden kaynaklanan ekonomik nedenlere bağlı olarak gerçekleştirildiği, sendika temsilciliği faaliyeti ile ilgisinin olmadığı” anlaşılacakla “davanın reddine” karar verilmiştir:9.HD,20.12.2004, 12278/28265-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, s.546

¹² 9. HD, 08.07.2003, 12444/13125, İşveren D., Temmuz 2003,s.17; Kamu-İş, Haziran-Temmuz 2003, s.6

¹³ 9.HD,20.12.2004, 12278/28265-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ,s.431

açabileceği gibi, “yazılı başvuruda” bulunmak koşuluyla sendikanın kendi adına dava açmasını da sağlayabilir¹⁴.

Bunun dışında, tarafların anlaşması halinde, temsilci “özel hakeme” de başvurarak “feshin geçersizliğine” (işe iadesine) karar verilmesini isteyebilir¹⁵. Tarafların anlaşması ile “bir ay” içinde “özel hakeme” gidilebileceğini öngören Kanun (İş K. md.20/1); özel hakemde veya mahkemede dava açılması halinde “seri muhakeme usulünün” (HUMKmd.501-506) uygulanacağını ve davanın “iki ay içinde sonuçlandırılacağını” belirtmektedir. Mahkeme veya özel hakem kararının temyizi halinde ise, “Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verecektir” (İş K.md.20/3). Önceki düzenlemeden farklı olarak, “temyiz” sürecini de yasaya ilave eden Kanunda öngörülen kısa sürelerin (2+1=3 ay), mahkemelerin iş yükü göz önüne alındığında uygulanması olağanüstü güç görünmektedir. Böyle bir sonuç, doğal olarak işverenlerin mahkemece verilecek “işe iade” kararını uygulamaktan çok işe başlatmamanın yaptırımı olan “tazminat” kararını uygulamaya koymasını kolaylaştıracaktır. Bu nedenle, ülkemizde uygulamasına pek rastlanmamakla birlikte, davanın “özel hakemde” açılmasını öngören hükmün uyumsuzluğunun çözümünü çabuklaştırması ve “işe iadeyi” kolaylaştırması beklenebilir.

Bir aylık dava açma süresinin “hak düşürücü” bir süre olduğu göz önünde tutulacak olursa, fesih bildirimının “ihbar önellerinin kullandırılması” suretiyle yapılması halinde, hak düşürücü sürenin sözleşmenin sona ereceği önel süresinin bitiminde başlatılmak gerekir. Buna karşılık, Yargıtay verdiği kararlarda fesih bildiriminin ihbar önellerinin kullandırılması suretiyle yapıldığı hallerde dahi “fesih tarihinin” değil, “fesih (önellerinin) bildirildiği tarihin” esas alınması gerektiğini kararlaştırmıştır¹⁶. Doktrindeki ağırlıklı görüş de bu yöndedir¹⁷. Bu

¹⁴ Geniş bilgi için bkz. F.DEMİR; İş Hukuku ve Uygulaması,2005, s.395

¹⁵ Yargıtay, iş güvencesi (işe iade) hükümleri dışındaki konularda “özel hakem” (tahkim) usulünün kapalı olduğu yolundaki görüşünü devam ettirmektedir: 9.HD, 22.03.2004, 5846/5621-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.214. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi İş K. Md. 20’deki “toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa” deyimini iptal ettiğinden; “işe iade” davaları “toplu iş sözleşmeleri” ile önceden kararlaştırılarak değil, sadece sonradan “tarafların anlaşması halinde “özel hakem” nezdinde açılacaktır. .An.Mh.19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72

¹⁶ 9.HD,10.01.2005,22743/378-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ,s.292 vd. belirtilen kararlar; 9.HD, 11.12.2003, 20424/20629, İşveren D.,Şubat 2004,s.15; Madenci D.,Türkiye Maden İş Sendikası, Nisan-Mayıs 2004,s.34

¹⁷ Bu görüş sahiplerine göre, iş güvencesinin amacı, “geçerli bir nedene dayanmadan işten çıkarılan işçinin en kısa zamanda, önel süreleri içinde işyerinde çalıştığı sırada dava açarak işe iadesinin sağlanmasıdır”: C.TUNCAY, Karar İncelemesi, LEGAL, Nisan-Haziran 2004, s533; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN,

uygulamanın hem “işçinin” ve “temsilcinin özel olarak korumasını” amaçlayan 25.11.1992 gün ve 3845 sayılı Kanunla kabul edilerek yürürlüğe giren (RG. 11.12.1992-21432 mükerrer s.) Uluslararası Çalışma Örgütü’nün “İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında 135 sayılı Sözleşmeye” hem İş Hukuku ilkelerine hem de “kamu düzenini” sağlayan Usul Hukukuna aykırı sorunlar yaşanmasına yol açması kaçınılmazdır.

Şöyle ki, her şeyden önce yasada yer alan “fesih bildirimının tebliği” deyimini, “fesih bildirim sürelerinin tebliği” anlamına gelmez. “Fesih” bildirim yapılamayacağına, mutlaka muhataba “bildirmek gerektiğine” göre, “fesih bildiriminden” mutlaka “fesih için öngörülen sürelerin (ihbar önellere) bildirimini” anlamını çıkarmak isabetli olmaz. Üstelik, “fesih bildiriminde” bulunulması bile ne “feshin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlaması”, ne de “sürelerin (önellere) başlaması” için yeterli değildir. Gerçi, fesih bildirimine karşı tarafça “öğrenilmesi” şart değildir¹⁸; ama, muhatabına “varması, ulaşması” şarttır. Zira, genel hükümlere göre yenilik doğuran bir irade beyanı, ancak karşı tarafa “varma anından” itibaren hukuki sonuç doğurur¹⁹. Bu nedenle “fesih bildiriminin tebliği” de şarttır. Buradaki “tebliğ” sözcüğü “fesih bildiriminin” karşı tarafa “varmasını” ifade etmektedir. Çünkü, “tebliğ” sözcüğü “buluş” kökünden gelir ve “erişmek”, “yetişmek”, “ulaşmak”, “varmak” anlamına gelir. “Buluş çağına ermek”, ulaşmak, varmak gibi... Öyleyse, “fesih bildiriminin tebliği” de “fesih bildiriminin”, yani “feshin” karşı tarafa “varmasını” anlatır; yoksa, “fesih bildirim sürelerinin (ihbar önellere) varmasını” değil... Bu nedenle, yukarıda belirtilen doktrinin çoğunluk görüşüne ve Yargıtay kararına katılmadığımız gibi, isabetli de bulmuyoruz...

Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2004 s.139 ; SÜZEK, İş Hukuku, Ankara 2005,s.471; EKONOMİ, İş Güvencesi, Çimento İşveren D, Mart 2003,s.14; ÇELİK, İş Hukuku D.17.B,s.210; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara, 2005,s.588

¹⁸ Aksi görüş: R. ATABEK, İş Akdinin Feshi, İstanbul, 1938,s.39,dn.1; M:K:OĞUZMAN, Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, 1955, s.174 vd.; M. ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, Ankara,1978, s.239. İşçinin hastalığı, cezaevinde bulunması veya devamsızlığı durumlarında bu görüşün hakkaniyete uygun düşeceği yolunda İ.C. GÜNAY, İş Kanunu, I, s.403; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ,s.41

¹⁹ K. TUNÇOMAĞ/T. CENTEL, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2003,s.202; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 177; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş Hukuku,I,s.268; AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi, , Ankara, 2001, s.307; GÜNAY, İş Kanunu, I, s.467; ÇANKAYA/ GÜNAY/GÖKTAŞ, s.41; SÜZEK,İş Hukuku, 2005, s.403; MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 2005 s. 529; HGK, 12.06.1991, E.991/9-287; K. 1991/349, İHD, Nisan-Haziran 1993, s.247; 13.10.1999, 13026/15837, EKONOMİ, 1999 Yılı Kararları, s. 57

Kaldı ki, genellikle iş davalarının açılmasından 2 ay sonrasına duruşma günü verilen ülkemizde, işçilerin “en kısa zamanda” (önel süresi içinde) işe iadelerinin sağlanması şeklindeki doktrin görüşlerinin gerçeklerle bağdaşmadığına inanıyoruz. Tam aksine, büyük şehirlerin merkezlerinden uzak yerlerde çalışan işçilerin (temsilcilerin) ihbar önelleri boyunca günlük 2 saatlik iş arama izni sırasında ne dava açmalarının ne de bir avukata vekalet vermelerinin fiilen imkansız olduğu ortadadır. Bu nedenle, haftada 6 işgünü çalışan işçinin 8 haftalık ihbar öneli süresi içindeki iş arama izinlerini genellikle toptan kullanarak geçireceği düşünülecek olursa, işçinin (temsilcinin) 6 hafta boyunca işyerinden ayrılamayacağını, ayrıldığı takdirde günlük ve hafta tatili ücretinden vazgeçmesi gerektiğini, bu durumda henüz kıdem tazminatını da alamamış olan işçiden (temsilciden) “iş süreleri içinde” bir avukata gidip vekalet vermesini ve dava açmasını beklemek mümkün değildir. Bu durumu İş Hukukunun “işçiyi koruyucu” ve “temsilcilerin özel olarak korunması” amacıyla hiçbir şekilde bağdaştıramadığımız gibi, “sözleşmenin fiilen ve hukuken sona ermesinden sonra” başlaması gereken “dava açma hakkı” nedeniyle de Usul Hukuku ilkeleriyle bağdaştıramıyoruz. Nitekim Yargıtay’ın daha önce “yıllık izin hakkı” ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında da isabetle belirttiği gibi, henüz “doğmamış bir haktan” nasıl “vazgeçilemez”²⁰ ise, iş sözleşmesi sona ermeden de “sona ermeye bağlı” haklarla ilgili “dava açma hakkı” doğmamak gerekir²¹.

Fesih bildiriminin ihbar önellerine ait ücretin (ihbar tazminatının) peşin ödenmesi suretiyle yapılması halinde ise, bir sorun yaşanması söz konusu değildir. Bu gibi hallerde, işçinin (temsilcinin) mahkemeye veya özel hakeme “bir aylık” başvuru süresi, sözleşmenin sona erdiği tarihte başlatılmak gerekir. Buna karşılık sözleşmenin yazılı bir bildirimle feshedilmediği hallerde hak düşürücü sürenin işlemeyeceği; buna karşılık, işçinin feshi öğrendiğinin anlaşıldığı hallerde o tarihin esas alınması kabul edilmelidir²². Nitekim, işçiye daha önce sözlü olarak yapılan fesih bildirimine rağmen, Yargıtay işçinin fiilen

²⁰ 9.HD, 23.12.2003, 10839/22571, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s.135

²¹ Konuya ilişkin titiz ve ayrıntılı bir çalışma için bkz: M. UÇUM, İşe İade Taleplerinde Dava Açma Süresinin Başlangıcına İlişkin Sorunlar LEGAL, Ekim-Aralık 2004, s.1303; Ayrıca Krş: A. GÜZEL, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul, 2004, s.90-91

²² M.ÖZEKES, Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, Galatasaray Üniversitesi ve LEGAL Hukuk Yayınları, Av Akın SOKULLU Anısına Düzenlenen Sempozyum Tebliği, s.4

çalıştığı son güne göre ibranamede yazılan işten ayrılış tarihinin esas alınmasını kararlaştırmıştır²³.

cc) Temsilcinin İşe İadesinin Hüküm ve Sonuçları

Mahkemece verilen “*feshin geçersizliği*” kararı üzerine, temsilcinin “*kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunması zorunludur*”. Burada söz konusu olan “*on işgünlük*” süre kamu düzeni ile ilgili “*hak düşürücü*” bir süre olduğundan, temsilcinin bu süre içinde mutlaka işverene başvuruda bulunması gerekir. Aksi halde, bu sürenin geçirilmesinden sonra yapılan başvuruları işveren artık kabul etmek zorunda olmadığı gibi; yaptığı fesih bildirimini de “*geçerli*” hale geldiğinden, “*sadece geçerli bir feshin hukuki sonuçlarından* (koşulları gerçekleşen ihbar, kıdem, maddi ve manevi tazminatlarından) *sorumlu olur*” (İş K.md.21/5). Başvuru süresinin “altı” işgününden “on” işgününe çıkarılması uygun olmuştur.

Bununla birlikte, temsilcinin on işgününde işe başlamak üzere işverene başvurması halinde artık “*temsilcinin işinden çıkarıldığı tarihten başlamak üzere, temsilcilik süresinin devamınca ücretinin ve diğer haklarının işveren tarafından ödenmesi*” yolundaki eski hüküm kaldırılmıştır. Temsilci, bundan böyle “*mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarında*” hak kazanmaktadır. Bu hakların “*en çok*” dört aya kadar olduğu, mahkemenin daha kısa sürede bitmesi halinde “*daha kısa süre için*” doğan haklara karar vereceği açıktır. Bu hakların temsilciye ödenmesi için temsilcinin işe başlatılmasının veya başlatılmamasının da önemi yoktur. Kanun bu konuda bir ayrıma gitmemiştir. Ancak, temsilciye fesih bildirimini sırasında “*ihbar önellerine tekabül eden ücreti*” (ihbar tazminatı) ve “*kıdem tazminatı*” peşin ödenmiş ise, işe başlatılan işçiye daha önce ödenen bu tazminatlar yapılacak dört aya kadar olan ödemedeki “*mahsup edilir*”. Buna karşılık, temsilciye fesih bildirimini sırasında ihbar öneline ait ücreti (ihbar tazminatı) peşin olarak ödenmemiş veya ihbar önelleri kullandırılmamış ise, işe başlatılmayan işçiye bu önellere ait ücreti (ihbar tazminatı) “*ayrıca ödenir*” (İş K.md.21/4).

Bundan başka, temsilcinin on günlük başvuru süresi içinde işe başlamak üzere işverene başvuruda bulunması halinde, işveren temsilciyi “*bir ay*” içinde işe başlatmak zorundadır. Bununla birlikte, işine iade kararı verildiği halde işveren tarafından işe başlatılmayan

²³ 9.HD,11.09.2003,14676/14287-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ,s.197

temsilciye, eskiden olduğu gibi, işverenin artık “yeniden temsilci atanması koşuluyla her defasında yeniden ücret ve diğer haklardan oluşan tazminat” ödemeye devam etmesi söz konusu değildir. Bir ay içinde temsilciyi işe başlatmayan işveren, temsilciye yukarıda ödemesi gereken “mahkeme kararının kesinleşmesine kadarki en çok dört aya kadar olan ücret ve diğer haklarına” ek olarak, “en az dört ay en çok sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminat” daha “ödemekle yükümlü olur” (İş K.md.21/1). Ancak, temsilcinin hizmet sözleşmesinin “sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedildiğinin” tespit edilmesi halinde, mahkemece hükmedilecek tazminat temsilcinin “en az bir yıllık ücreti tutarından” az olamaz (4773 s.k.ıa değişik Sen. K.md.30/2).

Öyleyse, temsilcinin her iş sözleşmesinin feshinde istenecek tazminat tutarının “feshin sebebine göre” değişebileceği; “en az bir yıllık ücret tutarında” tazminatın, “sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshin halinde” istenebileceği akıldan çıkarılmamalıdır. Gerçi, “temsilcilik faaliyetlerinin” ne olduğu konusunda Kanunda bir açıklık yoktur. Ancak, “işyeri sendika temsilcilerinin görevleri” ile ilgili hüküm (Sen.K.md.35) bize bir fikir verebilir. Buna karşılık, uygulamada Yargıtay “sendikal faaliyeti” Kanununun 32 ve 33.maddelerindeki faaliyetlerle sınırlı tutmuş; 35. maddedeki “temsilcilik görevlerini” sendikal faaliyet saymamıştır²⁴. Ama aynı Yüksek Mahkeme daha sonraki bir başka kararında, isabetli olarak “temsilcilik güvencesinden” yararlanmak için “çıkarmanın sendikal faaliyet nedeniyle” yapılmış olmasını da şart görmemiştir²⁵.

Temsilcinin gerek mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadan geçen sürede doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının, gerekse işe başlatılmaması halinde alacağı sendikal tazminatın “feshin geçersizliğine karar verilen mahkeme kararında” belirtilmesi gerekir. Gerçi Kanunda temsilcinin (işçinin) sadece “işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarının” belirtileceği yolunda hüküm vardır (İş K.md.21/2). Ancak, mahkemenin sonuçlanmasına kadar geçen temsilcinin çalıştırılmadığı süre yine en iyi mahkemece bilineceğinden, temsilcinin bu süre içinde “en çok dört aya kadar doğan ücret ve diğer haklarının” da

²⁴ HGK, 05.05.1982, E.980/9-38, K.982/459, Tekstil İşv.D., Ağustos 1983, s.19 ve YKD, Şubat 1983, s.159; 9.HD, 26.05.1987, 4801/5265, Tekstil İşv.D., Ekim 1987 ve Ş.KIRAL, s.120

²⁵ 9.HD, 20.12.1998, 12263/16174, M.EKONOMİ İncelemesi, İHU, Sen.K.md.20, No:4; F.DEMİR, Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), s.195; H.H.SÜMER, İşçinin Sendikal Nedenlerle Feshe Karşı Korunması, Konya, 1997, s.132; N.ÇELİK, İş Hukuku D. s.337

mahkeme kararında belirtilmesi gerekir²⁶. Üstelik bu karara, işe başlatılmama halinde ödenecek koşulları gerçekleştiren “ihbar tazminatı” ve “kıdem tazminatı” ile “maddi ve manevi tazminatın” da eklenmesi hükmün caydırıcı özelliğini daha çok artıracak; bunun sonucu bir yandan temsilcinin yeniden işe başlama şansı artarken, öte yandan ihbar ve kıdem ile diğer tazminatlar için yeniden dava açma ve davaya bakma yükü ortadan kalkmış olacaktır.

Bunun yanında, Sendikalar Kanunumuzun temsilcilik güvencesine ilişkin 30’uncu madde hükmü temsilcilik sıfatı devam ettiği sürece uygulama alanı bulduğundan, temsilcilik sıfatının kalkmasından sonra ve fakat sendika temsilciliği dönemine ilişkin bir kırgınlık dolayısıyla hizmet sözleşmesine son verilmesi hallerinde bu hüküm uygulanamamaktadır. Kanunumuzda temsilcilik döneminden sonra belirli bir süre daha işçinin feshe karşı korunmasını sağlayıcı hükümler bulunmadığından, doktrinde bu gibi hallerde fesih hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin mevzuat hükümlerine başvurulması gerektiği üzerinde durulmuştur²⁷. Kanaatimizce, temsilcilik sıfatının kalkmasından sonra ve fakat temsilcilik dönemine ilişkin kırgınlık dolayısıyla işçinin hizmet sözleşmesine son verilmesi halinde de, Sen. K. 30/2 ve 31/5, 6’ncı maddesi uyarınca “işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmamak üzere bir tazminata” hükmedilmesi gerekir²⁸. Fakat en iyisi, Fransız hukukunda olduğu gibi, eski temsilcilere görevlerinin sona ermesinden itibaren belirli bir süre daha (6 ay veya 1 yıl gibi) temsilcilik güvencesinden yararlanma hakkının tanınmasıdır²⁹.

Ekleyelim ki, Fransız Hukukunda temsilcinin (ve işletme komitesi üyelerinin) işyerine iadesinin reddedilmesi veya temsilcinin kanuni görevine devam etmesinin engellenmesi halinde, işverenin belirli bir tazminat ödemesi yanında, hapis ve para cezalarına veya bunlardan yalnız birine de mahkum edilmesi mümkündür. Ayrıca mahkemeler, işvereni belirli bir zorunluluk ve sorumluluk altında tutma yetkisini haiz

²⁶ 9.HD, 08.07.2003 gün ve 12442/13123 ve 12444/13125 sayılı kararlar, İşveren D. Temmuz 2003, s.15-17

²⁷ K.OĞUZMAN,Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul, 1955, s.222; S.SÜZEK, İş Hukuku,2005,189-190.

²⁸ F.DEMİR, Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), s.190-191

²⁹ A.BRUN-H.GALLAND, Droit du Travail II, Sirey, 1978 s.349 vd.;G.H.CAMERLYNCK-G.LYON CAEN, Droit du Travail, Paris, 1980 s.463 vd.; PELİSSIER,J/ SUPİOT,A/ JEAMMAUD,A, Droit du Travail, Dalloz, Précis, 21. Edition, Paris, 2003, 734; GUERY,G, Pratique du Droit du Travail, Montchrestien, Guliano, Paris, 2003 ,558; F.DEMİR,Sendikalar,s.103

bulunmakta; yargıç, işyerine iadeyi sağlayabilmek için, işvereni kesin veya geçici olarak zorlamaya karar verebilmektedir³⁰.

BİRİNCİ SONUÇ: Görüldüğü gibi, 4773 sayılı yasadan sonra temsilcilerin iş ve işyeri değişikliği konusunda bir ölçüde gerçekleştirilen Uluslararası Çalışma Teşkilatının 135 sayılı Sözleşmesinde öngörülen “özel koruma”, temsilcinin iş sözleşmesinin feshinde sıradan bir işçi için öngörülen “genel koruma” durumuna düşürülmüştür. Gerçi, Yargıtay kararında temsilcinin, “işe iade” edildikten sonra “boşta geçen ücretlerini ödemesini istemesi” nedeniyle işverenin “iş sözleşmesini askıya aldığı” belirtmesi üzerine, artık “özel korumayı” bıraktığı, onun yerine “genel koruma” yolunu seçtiği anlaşılmaktadır. Çünkü, 4773 sayılı yasadan önceki Sen. K.Md. 30 hükmüne göre, yukarıda da açıklandığı gibi, temsilci isterse “iş sözleşmesinin işveren tarafından askıya alındığını belirttiği süre boyunca ve her seferinde yeniden sendika temsilcisi atandığı müddetçe bütün ücret ve diğer haklarını” almaya devam edebilirdi. Ancak, temsilcinin artık “işverenle uğraşmak” yerine, “genel koruma” hükümlerinden yararlanma yolunu seçtiği, bidayet mahkemesi gibi “askıya almayı fesih kabul ederek”, her türlü işçilik alacakları yanında “kötüniyet tazminatı” da talep ettiği, mahkemenin kötüniyet tazminatını “cezai şart” ile karıştırması nedeniyle sadece bu yönü ile kararın bozulduğu görülmektedir.

Şimdi, kararın “kötüniyet tazminatı” ve “cezai şart” boyutunu inceleyebiliriz:

2- Kötüniyet Tazminatı ve Cezai Şart

a) Kötüniyet Tazminatının Uygulama Esasları

Kanunda “iş güvencesinden” yararlanan “otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçiler” için “yazılı” ve “geçerli” bir sebep belirtme zorunluluğu getirilmiş; müteakip maddelerde de işçinin “geçersiz” ve “haksız” işten çıkarılması halinde, yargı kararıyla “işe iadesi” veya işe yeniden başlatılmama halinde maktu bir “tazminat” hükmüne yer verilmiştir (İş K. md. 18, 19,20,21 ve 25/IV). İş güvencesi

³⁰ Geniş bilgi için bkz.: F.DEMİR, Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), s.182-183; BRUN-GALLAND-II, s.367; CAMERLYNCK/LYON-CAEN, s.463 vd.; PELİSSIER,J/SUPIOT,A/ JEAMMAUD,A., 753 vd.; GUERY,G, 571 vd.; SAVATİER,J., Droit Social, Fevrier 1983, No:2, s.100; Bul.Civ.V. No:31,24 Janvier 1990, Cham. Soc.

hükümlerinden yararlanan bu işçiler ve temsilciler için “*feshin geçersizliği*” (işe iade) ve buna bağlı olarak öngörülen tazminatlar dışında, iş sözleşmelerinin “*kötüniyetle feshinde*” dahi ayrıca bir “*kötüniyet tazminatında*” hak kazanmaları mümkün değildir (İş K.md.17/6)³¹. Ancak, uygulamada Yargıtay “*geçersiz*” sayılan fesih nedeninin aynı zamanda “*kötüniyete*” dayandığı hallerde, tıpkı “*kıdemli*” işçiler için yaptığı gibi, isabetli olarak “*4-8 aylık ücret tutarı*” olarak belirlenen maktu işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatını alt sınırdan uzaklaşarak üst sınırdan belirlemektedir³². Buna karşılık, “*feshin geçersizliği ve işe iade davasının*” açılmadığı durumlarda “*iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilmiş sayılır ve artık kötüniyetten de söz edilemez*”³³.

Buna karşılık, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamadığı için “*uygulama alanı dışında kalan* (altı aydan az kıdemli olan veya otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerindeki işçiler ile belirli niteliklere sahip işveren vekili sayılan) işçiler”, iş sözleşmelerinin işveren tarafından “*fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda, bildirim sürelerine* (ihbar önelerine) *ait ücretin üç katı tutarında bir tazminata*” hak kazanırlar (İş K.md.17/6). Bunun istisnasını “iş güvencesi” kapsamı dışında kalan “*gazeteciler*” oluşturmaktadır. Çünkü, Basın İş Kanununda “*kötüniyet tazminatı*” düzenlenmediğinden, iş güvencesi kapsamı dışında kalan gazetecilerin bu tazminatı talep hakları yoktur. Bunların sadece iş sözleşmelerinin “*sendikal sebeple*” feshi halinde Sendikalar Kanunu (md.31/6,7) gereği “*kötüniyet tazminatının*” bir “*özel*” şekli olan “*sendikal tazminatı*” veya şartları varsa “*feshin geçersizliğine*” bağlı “*iş güvencesi*” tazminatını talep hakları vardır³⁴.

Kötüniyet tazminatının miktarı, “*işçinin bildirim sürelerine* (ihbar önelerine) *ait ücretin üç katı*” olarak belirlenmiştir. Bu miktar, “*bildirim*

³¹ TUNÇOMAĞ-CENTEL, İş Hukukunun Esasları, 3.B., İstanbul, 2003 ,s.198; MOLLAMAHMUTOĞLU, 2005, s.554; ÇELİK,17.B.s.190; SÜZEK, s.418

³² “Dosya içeriğine göre, fesih nedeni ve kıdemine göre işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatın davacının sekiz aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesi uygun görülmüştür” (9.HD, 03.02.2005, 1084/3101). “Hizmet süresi 1 yıl 2 ay 2 gün olan işçiye 4 aylık ücret tutarı yerine 8 aylık ücret tutarında tazminata hükmeden mahkeme kararı bozulmuştur” (9.HD, 11.12.2003, 20205/20627). “Evinde alkol alırken mesai saati dışında işe çağrılan ve daha sonra işe alkollü geldiği gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilen işçinin işvereni “kötüniyetli” bulunmuş; fesih “haksız” ve “geçersiz” kabul edilerek işçinin işine iadesine, işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatın 8 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine karar verilmiştir” (28.03.2005, 7766/10082)-ÇANKAYA/GÜNAY/ GÖKTAŞ, s.47 dn.33, 265 dn.16, 500

³³ 9.HD, 04.04.2005, 22168/11993- ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.344

³⁴ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.51

(süreleri) şartına uyulmadan” yapılan fesihlerde ödenen “ihbar tazminatına” ilaveten, “ayrıca” ödenmesi gereken bir “kötüniyet tazminatıdır” (İş K.md.17/6)³⁵. Hangi hallerin kötüniyetli sayılacağı İş Kanununda belirtilmemiştir. Gerçi, Kanunun gerekçesinde kötüniyetli feshe örnek olarak “işçinin işvereni hakkında şikayette bulunması”, “aleyhine dava açması” veya “şahitlik yapması” gösterilmiştir. Ancak, Kanunun değişiklikten önceki deyişiyle, “genel olarak hizmet sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren (bütün) diğer durumlarda” da kötüniyet tazminatı söz konusu olabilecektir. Çünkü, fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı, her olayda o olayın özelliği dikkate alınarak “objektif iyiniyet kurallarına aykırılık” ölçütüne göre belirleneceğinden³⁶, Kanunda ayrıca örnek belirtilmemesi isabetli bulunmuştur³⁷.

Bununla birlikte, işverenin hangi nedenle olursa olsun fesih hakkını kötüye kullandığını “ispat yükü” işçiye aittir: “Kötüniyet iddiası somut olaylarla ortaya konup işçi tarafından ispat edilmedikçe kabul edilemez”³⁸. Öyleyse, “otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin” iş sözleşmelerinin feshinde işverene yüklenen “ispat külfeti” (İş K.md.20/2), otuzdan az işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışan işçiler ile altı aydan az kıdemi olan işçilerin üzerinde bırakılmıştır. Gerçi, “iş güvencesi” hükümlerinden yararlanamayan “işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları” ile “işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekillerinin” iş sözleşmelerinin feshinde, “geçerli bir sebebe dayandığının ispat

³⁵ 9. HD, 05.07.2004,17493/16703 ve 20.12.2004, 32029/28448 - ÇANKAYA/GÜNAY/ GÖKTAŞ, s.45,dn.32. Daha önce uygulamada ihbar tazminatının “vasıflı bir biçimi” sayılan kötü niyet tazminatının ihbar tazminatını da içerdiği kabul ediliyor; bu nedenle ihbar tazminatına karar verildiği hallerde, kötü niyet tazminatına “ayrıca üç katı değil iki katı olarak karar veriliyordu” 9.HD, 13.05.1996, 36096/11068, Yargıtay Kararları,T.Maden-İş, s.20; 9.HD, 14.03.1996, 3635/5426, E.AKYİĞİT İncelemesi, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 1997, s.38-42; 9.HD, 21.11.1997, 16098/19509,TÜHİS, Kasım 1997-Şubat 1998, s.68

³⁶ OĞUZMAN,M.K. Fesih,1955,s.234; 9.HD,19.06.1980, 5746/7414-ÇENBERCİ,s.359;SÜZEK, İş Hukuku, s.452; O.G. ÇANKAYA, Türk İş Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Bildirimli Feshi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir,1991, s.90

³⁷ ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ,s.44

³⁸ 9.HD, 26.04.1984, 3864/4693, Yasa D., Ağustos 1984, s.1118; 9.HD, 15.10.1985, 7070/9454, YKD, Nisan 1986, s.573; HGK, 28.11.1990, E.1990/9-464, K,1990/592, Tekstil İşv.D., Mart 1991, s.16; 9.HD, 10.06.1993,14714/10074, Tekstil İşv.D., Ocak-Şubat 1994, s.18; 9.HD, 04.03.1996, 34155/3778, Çimento İşv.D., Mayıs 1996, s.32; 07.04.1997, 621/6829, Tekstil İşv.D., Aralık 1997, s.13; 9.HD, 16.06.1997, 10452/ 11738, GÜNAY, İş Kanunu 1, md.13, s.405; 9.HD, 27.01.1999, 19528/1646, İşveren D., Mart 1999, s.17

yükümlülüğü işverene aittir". Ancak, "işçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde bu iddiasını ispatla yükümlü" olduğundan (İş K. md.18/son, 20/2), "kötüniyetli fesih" iddiasında bulunan işveren vekillerinin de "kötüniyet" ispat yükünün kendilerine düştüğü açıktır.

b) Uygulamada Kötüniyet Tazminatı

Uygulamada kötüniyet tazminatı, genelde ihbar önellerine (bildirim sürelerine) uyulmaksızın yapılan ve ihbar tazminatına hak kazandıran fesihlerde söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, işverenin iş sözleşmesini bildirim sürelerine uygun olarak feshettiği hallerde de fesih hakkını kötüye kullanması mümkündür. Bu gibi hallerde de doğal olarak kötüniyet tazminatı ihbar tazminatının üç katı tutarında ödenecek demektir.

Bu anlamda, kötü niyetle feshin kabulü için işçinin şikayet yoluna başvurmasının haklı olup olmamasına bakılmamıştır. "İşçinin şikayeti ile akdın feshi arasındaki bağlantının (illiyet bağının) varlığı halinde kötüniyetin de varolduğu" kabul edilmiştir³⁹. Örneğin, işvereni Bölge Çalışma Müdürlüğüne⁴⁰, SSK'ya⁴¹ ve Cumhuriyet Savcılığına⁴² şikayet eden işçinin işten çıkarılması kötü niyetli fesih kabul edildiği gibi; "iş kazasından doğan tazminat davası açtığı için"⁴³, "ücret, kıdem ve izin ücreti farklarının ödenmemesi halinde dava açacağını" işverene "ihtarname" çekerek bildirdiği için⁴⁴ iş sözleşmesi feshedilen işçinin "kötüniyet tazminatı" talebi de kabul edilmiştir. Ayrıca, işçinin "dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak istediği için" işten çıkarılması "kötüniyetli fesih" sayıldığı gibi⁴⁵; "evli kadın işçinin

³⁹ 9.HD, 17.02.1965, 41010-4/66, N.ÇELİK,s.175; Krş. 25.02.1998, 308/2507, YKD, Kasım 1998,s.1642

⁴⁰ 9.HD, 22.01.2003, 27158/414- ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.44,dn.30; 9.HD, 25.12.1984, 10083/11948, M.EKONOMİ İncelemesi, İHU, İş K. md.13, No: 24; 9.HD, 05.05.1994, 6893/6918 ve 9.HD, 11.06.1997, 7577/11538, GÜNAY, İş Kanunu I, .md. 13, s. 358, dn.99 ve ÇELİK, s.173

⁴¹ 9.HD, 27.04.2004, 4326/20727- ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.44,dn.30

⁴² 9.HD.,30.09.2004,4860/21081-KILIÇOĞLU,İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması,İstanbul 2005,s.93; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.44, dn.30

⁴³ 9.HD., 29.04.2004, 21902/10199- ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.44,dn.30

⁴⁴ İş Mah. Kararı, 16.01.2004, 159/4, İşveren D., Mart 2004, s.19

⁴⁵ 9.HD.,13.04.2004, 23050/8399- ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.44,dn.30

sırf hamile kalması ve rapor alması üzerine işten çıkarılması” da kötüniyetli feshi oluşturmuştur⁴⁶.

Buna karşılık, işverenin zarar etmesi nedeniyle işçi tensikati yapması ve işçileri mağdur etmemek amacıyla öncelikle “*emeklilik hakkını kazanmış olanları*” işten çıkarması⁴⁷, “*emeklilik hakkını kazanmasına beş yıl ve daha az süre kalan (üç yıl) işçilerin tensikat nedeniyle işten çıkarılmayacaklarına*” ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmüne uyulmamış olması⁴⁸, ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek işten çıkarılan işçinin “*ilk giren son çıkar*” ilkesine uyulmadan ve çıkarma işleminin İş Kurumuna bildirilmeden yapılması⁴⁹, yeni katsayı nedeniyle “*kıdem tazminatı tavanında meydana gelecek artıştan kısa bir süre önce*” iş sözleşmesinin feshedilmesi⁵⁰ ve “*işçinin raporlu olduğu süre içinde*” iş sözleşmesinin feshedilmesi⁵¹ kötüniyetli fesih kabul edilmemiştir. Bunun gibi, “*yerel seçimler sonunda seçilen yeni belediye başkanının önceki dönemde işe alınan işçilerin hizmet akitlerini haklı bir neden olmaksızın feshedip yerine yeni işçi almaması halinde*”, yapılan fesihlerin “*kötünüyete dayanmadığı*” kabul edilmiştir. Aynı şekilde, ekonomik kriz sonucu ödenemeyen ikramiye ve sosyal yardımlar nedeniyle “*haklı sebeple iş sözleşmesini fesheden işçinin*” (İş K. md.24), kötüniyet tazminatı talep edemeyeceği kararlaştırılmıştır⁵². Buna karşılık, işçinin kötü niyet tazminatı talebinin reddedilmesi, kanundan doğan diğer haklarını talep etmesini engellemez. Başta ihbar ve kıdem tazminatı olmak üzere, işçinin şartları varsa her türlü maddi ve manevi tazminatı da ayrıca talep edebileceğine kuşku yoktur.

⁴⁶ 9.HD, 27.03.1997, 22900/6115, GÜNAY, İş Kanunu 1, md.13, s.362. Ancak, kötüniyet tazminatının hesabında “sözleşme ile kabul edilen ihbar öneli değil, yasal ihbar önelinin esas alınması gerekir” : 9.HD., 21.06.2000, 9727/8950, Kamu-İş Bülteni, Şubat-Mart 2001, s.7; Aynı görüşte, 9.HD., 25.12.2003, 21909/22733, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s.133. Farklı görüş: İş Kanunundaki yeni düzenlemeden sonra “sözleşme ile kabul edilen ihbar önelinin” esas alındığı hesaplama yapılması mümkündür-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.46

⁴⁷ 9.HD, 08.09.1992, 10830/9363, TÜHİS, Kasım 1992-Şubat 1993, s.28

⁴⁸ 9.HD, 23.06.1994, 5188/10019, Tekstil İşv.D., Şubat 1995, Kararlar Eki; 9.HD, 19.06.1996, 1783/14013, İşveren D., Ağustos 1996, s.17

⁴⁹ 9.HD, 08.04.1993, 10102/5371, Tekstil İşv.D., Eylül-Ekim 1993, A.GÜZEL, Yargıtay 1993 Yılı Kararları, s.74; 9.HD, 16.09.1998, 13719/13092, Tekstil İşv.D., Aralık 1998, s.22

⁵⁰ HGK, 27.10.1993, E.1993/9-482, K.1993/694, Tekstil İşv.D., Ocak 1995, Kararlar Eki; 9.HD, 10.10.1994, 8993/13826, Çimento İşv.D., Kasım 1994, s.31; HGK, 06.03.1996, E.1996/9-1060, K.1996/118, Tekstil İşv.D., Haziran 1996, s.15

⁵¹ 9.HD, 21.05.1992, 335/5331, T.Maden-İş, s.24-25

⁵² 9.HD, 08.05.2002, 219/7309, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2003, s.81

Nihayet, işçinin “sendikaya üye olması” nedeniyle ödenecek kötüniet tazminatı, daha önce Sendikalar Kanununda yapılan bir değişiklikle⁵³, “işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olmamak üzere bir tazminata” çevrilmiş; ayrıca, işçinin “iş kanunları ile diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları da saklı” tutulmuştu. Ancak aynı maddeye göre, “bu (sendikal) tazminata hükmedilmesi halinde” ayrıca İş Kanunundaki “kötüniet tazminatına hükmedilemeyeceği” belirtilmekteydi⁵⁴. Bu defa yapılan değişiklikle, ayrıca “kötüniet tazminatına hükmedilemeyeceği” yolundaki hüküm kaldırılmış; “sendikaya üye olma” nedeniyle yapılan fesih, kötünietle yapılan feshin “özel” bir hali kabul edilerek “işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere” bir tazminatla karşılanması kabul edilmiştir (4773 s.k.la değişik Sen. K.md.31/6). Bu hükmün, Kanunla sadece “iş güvencesi” kapsamına alınan işçilerin iş sözleşmelerinin “sendikaya üye olma” nedeniyle feshinde değil, “iş güvencesi” kapsamı dışında bırakılan Deniz İş Kanununa ve Borçlar Kanununa tabi işçiler ile İş Kanununa ve Basın İş Kanununa tabi olmakla birlikte, altı aydan az kıdemi olan ve otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin “sendikaya üye olma” nedeniyle feshinde de geçerli olacağı kuşkusuzdur (4773 s.k.la değişik Sen. K.md.31/7). Her iki durumda da “işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere” bir tazminata hükmedilmesi halinde ise, artık “kötüniet” tazminatına karar verilemeyecektir. İşverenin aynı eylemine (feshe) bağlı bu tazminatlardan her ikisine birden hükmedilmesi mümkün olmadığı gibi⁵⁵, işçinin bu tazminatlardan sözleşmeyle daha avantajlı hale gelen “kötüniet” tazminatını seçme hakkı da yoktur⁵⁶. Buna karşılık, işçinin diğer iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları ayrıca saklı tutulduğundan (4773 s.k.la değişik Sen. K.md.31/8); başta ihbar ve kıdem tazminatı olmak üzere, şartları gerçekleşen her türlü maddi ve manevi tazminatı talep edebileceği kuşkusuzdur.

c) Kötüniet Tazminatı ve Cezai Şartın Hukuki Niteliği

⁵³ 3449 Sayılı Yasayla yapılan değişiklik, RG, 02.06.1988, 19380

⁵⁴ Geniş bilgi için Bkz.: F.DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, 2005, s.356

⁵⁵ 9.HD.22.03.2004,17012/5494, Ş.ÇİL, Sendikal Tazminat (Karar İncelemesi), LEGAL, Nisan-Haziran 2005/6,s.627;E.AKYİĞİT, Şerh, C.2,s.218; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.50; NARMANLIOĞLU, İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi, LEGAL, 2005/5,s.249-250

⁵⁶ Ş.ÇİL, Sendikal Tazminat, LEGAL, Nisan-Haziran 2005/6, s.672-673

Kötüniyet tazminatı “ihbar tazminatının” nitelikli bir şekli, onun üç katı tutarında kanunen belirlenmiş maktu bir tazminat olduğu için, onun hukuki niteliğini de ancak ihbar tazminatının hukuki niteliği ile açıklayabiliriz. Gerçi, ihbar tazminatının hukuki niteliği konusunda ortak bir görüş yoktur⁵⁷. Nitekim, bunu “kanunen tayin edilmiş cezai şart”⁵⁸, “kanundan doğan bir tazminat”⁵⁹, “kanunen tayin edilen fakat sözleşmeyle öngörülen cezai şarta eşdeğer”⁶⁰, “çift karakterli özel bir tazminat”⁶¹ olduğunu savunanlar olduğu gibi, “işsizlik tazminatı” sayanlar da vardır⁶².

İhbar tazminatının nitelik itibarıyla “kanunen tayin edilmiş teknik anlamda maktu bir tazminat” olduğu düşüncesindeyiz. Zira, Kanunda gösterilen ihbar önellerine (bildirim sürelerine) uymadan işi terk eden işçi ya da işçinin işine son veren işveren, ihbar önel süresine tekabül eden ücret tutarını maktu tazminat olarak ödemek zorundadır⁶³ (İş K.md.17/4). Kanunen öngörülen bu maktu tazminat için tarafların bir zarara uğramış olması şart değildir. İhbar önellerine uyulmadan işten çıkarılan işçi hemen bir iş bulmuş olsa veya işi terk eden işçi yerine hemen bir işçi bulunmuş olsa bile, ihbar önel süresine tekabül eden ücret tutarındaki ihbar tazminatı tam olarak ödenir. Nitekim uygulamada Yargıtay, “iş sözleşmesi feshedilen işçinin hemen iş bulması, hak kazanılan ihbar tazminatının talebine engel değildir”⁶⁴ demektedir. Üstelik, feshi ihbar önellerine ilişkin süreler de bölünemez: “İhbar önelinin bölünmesi suretiyle bir kısmına tazminat verilmesi, bir kısmının

⁵⁷ E.AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi, 2. B. Ankara 2006, s.603, dn.46

⁵⁸ E. ATABEK, İş Akdinin Feshi, İstanbul, 1938, s.93

⁵⁹ F.H.SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.606

⁶⁰ M.K.OĞUZMAN, Fesih, 276 ve 153 dn.68

⁶¹ M.EKONOMİ, İş Hukuku, s.171 vd.

⁶² 9HD, 06.05.1986, 3598/4642 ve 31.12.1965, 10578/10295-İ. EŞMELİOĞLU, Gerekçeli, Açıklamalı, İçtihatlı İş Kanunları ve Mevzuatı, s.186. Fakat Yargıtay, vermiş olduğu daha yeni tarihli kararında bunun “işsizlik tazminatı” olmadığını açıkça belirtmiştir: 9HD, 01.07.1998, 10001/11060-E.AKYİĞİT, Şerh, 2006, s.603, dn.46

⁶³ Buna karşılık, işçinin kıdem tazminatına hak kazandıran “emeklilik” (veya toptan ödeme almak), “muvazzaf askerlik hizmeti” ve “kadın işçinin evlenmek nedeniyle” iş sözleşmesini feshettiği hallerde ihbar önellerine uymak zorunluluğu bulunmadığından, işverene ihbar tazminatı hakkı kazandırmamaktadır. Bkz: O.G. ÇANKAYA, Türk İş Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Bildirimli Feshi ,s.31; 9. HD, 12.11.1997, 14623/ 18913-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.41, dn.18 ve TÜHİS, Kasım 1997-Şubat 1998, s.72; Aynı yönde 9.HD, 22.01.1998, 20320/420, Tekstil İşv.D., Ocak 2000, s.15. Belirtilen her üç halde de normal koşullarda iki tarafın ihtiyacını karşılamak amacıyla öngörülmüş bulunan “ihbar önellerine” uymamak suretiyle “derhal fesihte” bulunmak hakkını işçiye tanıyan bu konudaki görüş ve kararlara katılmıyoruz.

⁶⁴ 9.HD, 02.12.1997, 18410/20006, TÜHİS, Kasım 1997, Şubat 1998, s.73

*çalıştırılması mümkün değildir*⁶⁵. Bunun gibi, “işçi tarafından Kanunda belirlenenden daha az süre verilerek yapılan fesih, önelsiz fesih niteliğinde olup davacı işveren ihbar tazminatına hak kazanır”⁶⁶.

Feshi ihbar önellerinin (bildirim sürelerinin) tarafların karşılıklı serbest iradeleri ile sözleşmelerde artırılabilmesine karşılık, uygulamada bir kararında Yargıtay “ihbar tazminatının” taraf iradeleri ve sözleşmelerle “arttırılmayacağını”, zira Kanun hükmünün “kamu düzeni” ile ilgili olduğunu, artırılabilir hususun sadece “fesih bildirim sürelerinden” ibaret olduğunu kabul etmiştir⁶⁷. Halbuki, Kanunda feshi ihbar önellerinin sözleşmelerle yükseltilebileceği kabul edildiğine göre (İş K.md.17/3), buna bağlı olarak ihbar tazminatının da otomatik olarak arttığını kabul etmek yerinde olurdu⁶⁸. Nitekim, daha sonraki kararlarında Yargıtay, Kanunun bu hükmünün “mutlak emredici” nitelikte olmadığını, işçi lehine (yararına) sözleşmelerle değiştirilebilen “nispi emredici” nitelikte olduğunu açıkça belirtmiştir⁶⁹. Bu nedenle uygulamada, ihbar tazminatı işçi lehine (yararına) “sözleşmede” arttırılan süreler (öneller) üzerinden; işverene ise sözleşmede arttırılan değil, “kanunda” öngörülen süreler (öneller) üzerinden hesaplanarak ödenmektedir⁷⁰. Bununla birlikte, Borçlar Kanununun “iş sahipleri ve işçiler için muhtelif ihbar müddetleri mukavele edilmesi caiz değildir” hükmü karşısında (BK md.340/3), süreler gibi tazminat miktarının da her iki taraf için aynı oranda artırılabilmesi gerekli ve uygun olurdu.

Görüldüğü gibi, “kanunen maktu olarak belirlenen” ihbar önellerine tekabül eden ücret miktarındaki “ihbar tazminatı” ile bunun nitelikli şekli olan “ihbar tazminatının üç katı” tutarındaki “kötüniyet

⁶⁵ 9.HD,16.02.1993, 13194/2492, Tekstil İşv.D., Eylül-Ekim 1993, s.18; 9.HD, 07.09.1991, 9563/1348, Tekstil İşv.D., Ağustos 1991, s.18 ve bu kararlar ilgili HGK, 25.09.1991, E.991/9-338, K.991/426, YKD, Ekim 1992, s.1591; ÇELİK, s.170

⁶⁶ 9.HD, 25.12.1996, 17132/24194, Tekstil İşv.D., Şubat 1997, s.20; 9.HD, 15.10.1997, 13629/17701, Tekstil İşv.D., Mart-Nisan 1998, s.13; 9.HD, 01.03.1994, 3929/3119, T.Maden-İş, s.23

⁶⁷ 9.HD, 12.01.1980, 15645/63, A.GÜZEL İncelemesi, İHU, İş K.md.13, No:12; ÇELİK, s.174

⁶⁸ A.GÜZEL, Adı geçen İnceleme; N.ÇELİK, s.174; Ü.NARMANLIOĞLU, I, s.296; KAPLAN, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara, 1987, s.69 vd.

⁶⁹ 9.HD, 23.11.1993, 5065/16893, Çimento İşv.D., Ocak 1994, s.25; HGK, 08.05.1991, E.1991/9-148, K.1991/245, Tekstil İşv.D., Kasım 1991, s.19; İ. SUBAŞI İncelemesi, İHD, Nisan-Haziran 1993, s.235; 9.HD, 01.05.2001, 1448/7394, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, s.65; Madenci Ağustos 2001, s.34

⁷⁰ 9.HD, 07.10.1985, 6513/9139, TÜHİS, Ocak 1986, s.26; 9.HD, 11.05.1984, 4638/5209, Tekstil İşv.D., Şubat 1986, s.15, İHU, İş K. 13, No:25- M.EKONOMİ İncelemesi; 9.HD, 04.03.1998, 564/3399, TÜHİS, Ağustos 1998, s.48; 9. HD, 03.05.2000, 2417/6515, TÜHİS, Ağustos 2000, s.43 ve ÇELİK, 17.B. s.181; 9.HD, 01.05.2001, 1448/7394, Madenci, Ağustos 2001, s.35; NARMANLIOĞLU, I, s.272; ÇELİK, s.174; 9. HD, 01.04. 2003, 21541/5474, Madenci, Ağustos 2003, s.35; İşveren D.,Ağustos 2003, s.16

tazminatına karşılık; Borçlar Kanununun 158-161 maddeleri arasında yer alan “*cezai şart*”, inceleme konusu Yargıtay kararında da isabetle belirtildiği gibi, “*akdın icra edilmemesi veya tam olarak yerine getirilmemesi halinde belirlenmiş bir sözleşme tazminatıdır*”. Doktrinde “*sözleşme cezası*” olarak da adlandırılan “*cezai şart*”, kanunen belirlenmiş maktu bir miktar değil, tarafların karşılıklı serbest iradeleri ile kararlaştırdıkları bir tür “*geciktirici şarta bağlı edim borcudur*”. Kaynağı daima “*mevcut bir borç ilişkisine bağlı ek anlaşma (ceza taahhüdü)*” olan “*cezai şartın*” en önemli işlevi ise, borçluyu doğru dürüst “*ifaya sevk edici (zorlayıcı)*” olmasıdır. Borcun ifasını gevşek tutabilecek bir borçlunun, borcu ihlal ettiği anda alacaklının “*uğradığı zarara bağlı olmaksızın*” doğacak önceden belirlenmiş kesin bir cezanın varlığını bilmesi, onu borcun ifası konusunda daha dikkatli ve özenli olmaya zorlayabilecektir⁷¹.

Gerçekten, cezai şart borcun ihlali üzerine ödenecek önceden belli (götürü) bir tazminat tutarı olduğu için, “*cezanın ödenmesi alacaklının zararının derecesine, hatta zarar görüp görmemesine bağlı değildir*”. Buna karşılık, cezai şart isteyebilen alacaklı, “*kusurlu*” borçludan uğradığı zarar için ayrıca tazminat isteyemez. Böyle durumlarda alacaklı sadece ceza tutarını aşan zararının tazminini isteyebilir. Bu kural, gerek ifa yerine geçen cezai şartta gerekse ifa ile birlikte istenen cezai şartta aynen geçerlidir⁷². Bununla birlikte, “*hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir*” (BK.161/1).

Yargıtay bu konuda sözleşmelere konan ihbar ve kıdem tazminatları dışındaki “*cezai şart*” hükümlerine de sıcak bakmaktadır. Örneğin, toplu iş sözleşmesiyle getirilen ve sözleşmenin feshinde “*Disiplin Kurulu kararı*” arayan “*madde hükmüne aykırı olarak*” işten çıkartılanlara “*kıdem tazminatlarının iki kat fazlasıyla ödeneceğine*” ilişkin hükmü, bir “*cezai şart*” niteliğinde sayarak kabul etmiştir⁷³. Buna

⁷¹ OĞUZMAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1998, s.868; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.B.İstanbul,1993,s.341 vd.; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.B. İstanbul 1976, s853 vd.

⁷² OĞUZMAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul,1998,s.880; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.B.İstanbul,1993,s.358

⁷³ 9.HD, 17.01.1991, 9306/207, E.AKYİĞİT İncelemesi, İHD, Nisan-Haziran 1991, s.268; 9.HD, 06.11.1991, 11567/13949, Türk Kamu-Sen, Aralık 1991, s.15; 9.HD, 10.11.1992, 6312/12426, YKD, Temmuz 1993, s.1014; 9.HD, 25.06.1996, 10085/14277, YKD, Kasım 1996, s.173; 9.HD, 24.11.1997, 14466/19523, TÜHİS, Kasım 1997-Şubat 1998, s.74; Aksi yönde “*kamu düzeniyle*” ilgili “*14.maddeye*” aykırı bulunarak reddedilen karar için bkz: 9.HD, 19.06.1996, 1783/14013, İşveren D., Ağustos 1996, s.17 ve N.ÇELİK, s.178; 9.HD, 14.10.2002, 3553/19194, TÜHİS, Kasım 2002-Şubat 2003, s.127

karşılık, toplu iş sözleşmesinde düzenlenen “iş güvencesi” ve “kötü niyet” tazminatları ile “cezai şart” nitelikleri itibariyle “aynı” sayan Yüksek mahkeme, “aynı eylem için birden fazla aynı nitelikli cezai şart uygulamasının mümkün olmadığını, davacı işçinin lehine olan toplu iş sözleşmesinin cezai şart hükmünün BK.161/son uyarınca değerlendirilmesi (indirilmesi)” gerektiğine karar vermiştir⁷⁴.

Bununla birlikte, “hakime istisnai olarak tanınmış bulunan cezai şart miktarında indirim yapma hak ve yetkisinin”⁷⁵ hakim tarafından “fahiş oranda indirim yapılması” suretiyle kullanılamayacağına hükmeden Yargıtay⁷⁶; işçinin yetişmesi için yurtiçinde ve yurtdışında yaptığı eğitim masraflarının karşılığı olarak iş sözleşmesine koyduğu “tek taraflı cezai şart” hükmü hariç⁷⁷, işverenin iş sözleşmelerine tek taraflı “işçi aleyhine” koyduğu cezai şart düzenlemelerini de kabul etmemiştir⁷⁸. Bunun gibi, sözleşmede işçinin aleyhine daha fazla miktarda cezai şart öngörülmesi halinde, “daha düşük olan işveren aleyhindeki cezai şartın uygulanacağı ve bunun üstündeki kısmın geçersiz sayılacağı” kararlaştırılmıştır⁷⁹. Buna karşılık, sözleşmelerde “işçi lehine” kararlaştırılan cezai şart geçerli sayılmakla birlikte⁸⁰, “ekonomik kriz veya imkansızlık nedeniyle süresinden önce feshedilen belirli süreli iş sözleşmesindeki cezai şart talebi” reddedilmiştir⁸¹.

İKİNCİ SONUÇ: Öyleyse, tarafların serbest iradeleri ile kararlaştırılan “cezai şartın” aşırı miktarda tespit edildiği hallerde hakim tarafından indirime tabi tutulmasına karşılık; kanunen maktu olarak belirlenen ve taraflarca arttırılabilen ihbar önellerine bağlı “ihbar tazminatı” ve onun nitelikli bir şekli olan “kötüniyet tazminatı”, hakim

⁷⁴ 9.HD, 20.11.2003,8682/19629, Çalışma ve Toplum, 2004/1,s.151

⁷⁵ 9.HD, 14.02.2005, 14528/4135, LEGAL-İHSGHD 2005/6, s.705

⁷⁶ 9.HD, 15.04.1997, 609/7438, Tekstil İşv.D., Ekim 1997, s.15; HGK, 15.10.1997, E.997/9-486, K.997/822 – GÜNAY, İş Kanunu, II, s.1365

⁷⁷ 9.HD, 29.03.2000, 507/4100, P.SOYER İncelemesi, Çimento İşv., Eylül 2000; 9.HD, 19.09.2001, 10099/14144, Çimento İşv. D., Kasım 2001,s.49; 9.HD, 10.03.2004, 14720/ 4609, Çalışma ve Toplum,2004/1,s.113

⁷⁸ 9.HD, 17.11.1992, 8777/12603, İHU, Nisan-Haziran 1993, s.306, P.SOYER İncelemesi; 9.HD, 03.06.1997, 7529/10660, YKD, Eylül 1997, s.1427; 9.HD, 08.04.1997, 1090/7099, Tekstil İşv.D., Ağustos 1997, s.15; HGK, 17.12.1997, E.997/9-816, K.997/062, Tekstil İşv.D., Mart 1999, s.15; 9.HD, 28.01.1998, 19363/389, Tekstil İşv.D., Mayıs-Haziran 1998, s.14; 9.HD, 02.03.1998, 21587/2833, YKD, Ekim 1998, s.1483

⁷⁹ 9.HD, 26.03.1997, 22867/6102, GÜNAY, İş Kanunu, I, md.13, s.373, dn.125

⁸⁰ 9.HD, 27.12.1999,17469/20361,Çimento İşv.D., Mart 2000, s.38 – ÇELİK, s.168, dn.38d

⁸¹ 9.HD, 22.01.2004, 22636/534, Tekstil İşv. Ocak 2005,s.39

tarafından hiçbir şekilde indirim tabi tutulmamaktadır. Bu nedenle, inceleme konusu yapılan Yargıtay kararında da isabetli olarak belirtildiği gibi, *“kötüniyet tazminatı böyle bir (cezai şart) niteliğinde bulunmayıp, yüksek miktarlara ulaşsa da hakimin müdahalesine tabi değildir”*. Gerçi, temsilcinin *“kötüniyet tazminatı”* yerine *“en az bir yıllık ücret tutarındaki sendikal tazminatı”* talep etmesi de söz konusu olabilirdi (4773 s.k.la değişik Sen. K.md.30/2). Nitekim, Yargıtay da artık *“temsilcilik güvencesinden”* yararlanmak için *“çıkarmanın sendikal faaliyet nedeniyle”* yapılmış olmasını şart görmemektedir⁸². Ancak, *“taleple bağıllık”* kuralı gereğince mahkemenin, isabetli olarak *“kötüniyet tazminatı”* hakkında karar vermekle yetindiği görülmektedir.

⁸² 9.HD, 20.12.1998, 12263/16174, M.EKONOMİ İncelemesi, İHU, Sen.K.md.20, No:4; F.DEMİR, Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), s.195; H.H.SÜMER, s.132; N.ÇELİK, s.337