

TİP İŞ SÖZLEŞMELERİNDE ÖNGÖRÜLEN CEZAI ŞARTIN GENEL İŞLEM ŞARTLARI BAĞLAMINDA DENETLENMESİ

*Arş.Gör. Veli KARAGÖZ**

I- GİRİŞ

Sanayileşmeyle birlikte çalışma yaşamı ve işçi işveren ilişkileri kitlesel nitelik kazanmış ve bu ilişkilere tek düze bir yapı kazandırılması ihtiyacı doğmuştur. Bunun sonucunda işyerindeki çalışma kuralları ve tarafların karşılıklı yükümlülükleri önceden ayrıntılı olarak hazırlanan belgelerde somutlaştırılmaya başlanmıştır. Genel işlem şartları, İş Hukukunda ve iş sözleşmelerinde çoğu kez genel iş koşulları olarak nitelendirilmektedir¹. Öncelikle belirtmek gerekir ki, genel işlem şartları tüketicilerin korunması amacıyla geliştirilmiştir ve işçi tüketicisi değildir. Hatta belirli bir hizmeti ücret karşılığında karşı tarafa sunması nedeniyle tam aksi durum söz konusudur. Bununla birlikte tip iş sözleşmelerinin genel işlem şartlarına ilişkin denetime bağlı tutulmasının nedeni, sözleşme kayıtlarının açıklık ve anlaşılabilirliğini sağlamaktır. Ayrıca, bu şekilde tip iş sözleşmelerinin denetimi konusunda birlik sağlanmakta ve denetime ilişkin karmaşa engellenmiş olmaktadır². Bunun sonucunda, genel işlem şartlarına ilişkin prensipler İş Hukukunun niteliğine aykırı düşmedikçe tip iş sözleşmeleri bakımından da uygulanabilecektir³.

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku.

1 Bkz. SOYER, Polat, Genel İş Koşulları, İstanbul 1987, s. 26-27; HROMADKA, Wolfgang, Schuldrechtsmodernisierung und Vertragskontrolle im Arbeitsrecht, NJW 2002, Heft 35, s. 2523; PREIS, Ulrich, Arbeitsrecht, Verlag Dr. Otto SCHMIDT KG, 2003, auf CD Rom, § 18 III.

2 HROMADKA, NJW 2002, s. 2524.

3 Alman Medeni Kanunu, § 310 Abs. 4 S. 3 BGB hükmüyle, genel işlem şartlarına ilişkin bazı hükümlerin, İş Hukukunun özellikleriyle uygun (ölçülü) olduğu takdirde iş sözleşmesinde uygulanabileceğini ifade etmektedir.

İşyerinde işçi-işveren ilişkilerinin önceden hazırlanan, genel ve tek düze kurallar içeren tip iş sözleşmeleri ile düzenlenmesine bir engel bulunmamaktadır⁴. Önceden hazırlanan tip iş sözleşmelerinin uygulamada kullanılması nedeniyle, genel işlem şartlarının denetlenmesi iş ilişkileri yönünden de önem taşımaktadır. Bu sözleşmelerin içeriği işyerinden işyerine, işletme sahasından işletme sahasına farklılık gösterebilmektedir. Tip sözleşmelerde, işçinin dikkatine sunmak amacıyla İş Hukukuna ilişkin düzenlemelerin tekrarıyla yetinildiği gibi, çok ayrıntılı düzenlemelere de yer verilebilmektedir⁵. Tip iş sözleşmesi tek bir metin olarak düzenlenebileceği gibi, genel işlem şartlarına ilişkin kayıtlar bağımsız olarak asıl sözleşmenin eki niteliğinde de düzenlenebilir.

Genel işlem şartları bakımından söz konusu olan taraflar arasındaki dengesizlik, iş ilişkilerinde çok daha belirgindir. İşçinin ve ailesinin tek geçim kaynağı genellikle işçinin işgücüdür. Bu nedenle işçi kendisine teklif edilen işi ve dolayısıyla iş sözleşmesine konu olan genel işlem şartlarını kabul etmek zorunda kalmaktadır. İşçiye diğer işçilerin tip iş sözleşmesini imzalamış olduklarının telkin edilmesi ve sözleşme şartları hakkında yeterince değerlendirme yapabilecek birikime sahip olmaması da genel işlem şartlarını kabul etmesinde etkili olmaktadır. Anılan nedenlerle işçinin imzalamaktan başka çaresi olmadığı, işverenin işçi üzerindeki nüfuzunun şekillenmiş hali olan ve irade serbestisi prensibini sınırlandıran tip iş sözleşmelerinin diğer sözleşmelerde olduğu gibi içerik yönünden denetlenmesi ihtiyacı ve gereği açıktır.

İş sözleşmesinin ifa edilmesinin güvence altına alınması, sözleşmeye aykırılığın önlenmesi ve ortaya çıkabilecek zararların karşılanabilmesi önceden kararlaştırılacak cezai şart sayesinde sağlanabilir. Bu nedenle iş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılması uzmanlık isteyen işler bakımından uygulamada gittikçe yaygınlaşmaktadır. Özellikle Almanya'da önceden mevcut olan tip sözleşmeler yoluyla cezai şart öngörülmekte ve pek çok örneği bulunmaktadır. Bu türlü tip sözleşmeler daha çok işverenin menfaatlerini koruyan tarzda ve ayrıntılı biçimde uygulamada kullanılmaktadır.

Genel işlem şartları içeren bir sözleşmede cezai şart öngörülmesinin mümkün olması nedeniyle⁶ işçinin imzalamış olduğu tip sözleşmenin, aley-

4 ALPAGUT, Gülsevil, Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi ve Esneklik Çerçevesinde Yeni Eğilimler, Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan II, İstanbul 2001, s. 1516; Ayrıca bkz. PREIS, § 18 III.

5 Ayrıntılı bilgi için bkz. ZÖLLNER, Wolfgang, Immanente Grenzen arbeitsvertraglicher Regelungen, RdA 1989, Heft, 3, s. 155.

6 Ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul-1999, s. 117-118; Alman Hukukunda § 309 Nr. 6 BGB hükmü tip sözleşmelerde cezai şart kararlaştırılma-

hine cezai şarta ilişkin kayıtlar içermesi de mümkündür⁷. Oysa ortalama bir işçinin cezai şartın hükümlerini ve muaccel olması durumunda uğraması muhtemel zararları tahmin etmesi beklenemez. Bu nedenle, özellikle tip sözleşmenin cezai şarta ilişkin kayıtlar içermesi durumunda, bu kayıtların doğuracağı maddi sonuçlar da dikkate alınarak denetlenmesi gerekir.

Bu çalışmamız genel olarak iş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılmasına ilişkin olmayıp, sadece tip sözleşmelerle işçi aleyhine öngörülen cezai şarta ilişkin kayıtların genel işlem şartları bağlamında denetlenmesiyle sınırlıdır. Dolayısıyla genel olarak iş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılması konusundaki tartışmalara yer verilmemiştir. Çalışma konumuzun alt yapısını oluşturması bakımından öncelikle genel işlem şartları ve denetimi üzerinde kısaca durmakta fayda görüyoruz.

II- GENEL İŞLEM ŞARTLARI

1- Genel Olarak

“Genel işlem şartları, sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı akidene değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır”⁸. Genel işlem şartlarıyla kural olarak bir sözleşmenin içeriğinin düzenlenmesi amaçlanmaktadır. Genel işlem şartları tek taraflı olarak ve sözleşme yapılmadan önce hazırlanmaktadır. Bu şekilde birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılacak şartlar saptanarak karşı tarafın müdahalesine olanak tanınmadan bir bütün halinde sözleşmeye dahil edilmektedir⁹.

Genel işlem şartlarının varlığının kabulü, karşı tarafın sözleşmenin içeriğine müdahale edememiş olmasına bağlıdır. Sözleşme şartlarının taraflarca görüşme ve tartışmalar sonucunda belirlenmiş olması durumunda genel iş-

sını yasaklamaktadır. Bu düzenlemenin tüketicileri hedef almış olması ve genel işlem şartlarını kullanan tarafın uğradığı zararı ispat zorluğu bulunmaması nedeniyle, iş sözleşmelerinde uygulanması mümkün değildir (PREIS, § 52 I 3).

7 Tip sözleşmeyle işçi aleyhine cezai şart öngörülmesine engel bulunmadığı ve işçinin tip sözleşmede öngörülen cezai şartın geçersizliğini ileri süremeyeceği yönünde bkz. (BAG v. 5.2.1986 – 5 AZR 564/84, AP Nr. 12 zu § 339 BGB).

8 ATAMER, s. 61; Diğer tanımlar için bkz. EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 197; OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000, s. 20; TEKİNAY S. S./ AKMAN S./ BURCUOĞLU H./ ALTOP A., Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993 s. 156 vd; SOYER, s. 27.

9 ATAMER, s. 61; Ayrıca bkz. SOYER, s. 33 vd.

lem şartlarından söz edilemeyeceğinden, genel işlem şartları kapsamında denetim de söz konusu olmayacaktır¹⁰.

2- Unsurları

Genel işlem şartları, bir sözleşmenin içerik ve şartlarını oluşturmak amacıyla hazırlanmış olmalıdır. Burada kural olarak sözleşmenin türü önem taşımamaktadır. Önemli olan nokta, taraflardan birisinin sözleşmenin içeriğini belirleme hakkını tek tarafı olarak kendi lehine kullanırken, karşı tarafın bu konuda her hangi bir katkısının bulunmamasıdır. Genel işlem şartları, sözleşmenin asli edimleri kadar yan edimlerini de içerebilir¹¹.

Genel işlem şartlarının sözleşme yapılmadan önce belirlenmiş olması gerekir. Sözleşme şartlarının önceden düzenlenmiş olmasında, hazırlayan kimse önem taşımaz. Örneğin, iş ilişkilerinde işveren tip iş sözleşmesini tek başına hazırlayabileceği gibi, birkaç işverenle birlikte de hazırlanmış olabilir. Bundan başka tip iş sözleşmesi işverenin üyesi olduğu sendika tarafından hazırlanabileceği gibi, iş yerinde bulunan sendika temsilcileriyle veya işçi temsilcileriyle birlikte de hazırlanmış olabilir¹². Yine bu amaçla hazırlanmış tip sözleşmeler içeren basılı eserlerden veya bilgisayarda temel esasları şekillendirilmiş olan verilerden yararlanmak mümkündür¹³.

Genel işlem şartlarının önceden, birden fazla sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmış olması gerekir¹⁴. Burada dikkate alınması gereken nokta, genel işlem şartlarının fiilen birden fazla sözleşmede kullanılmış olması değil, bu amaçla hazırlanmış olmasıdır¹⁵. Ayrıca, genel işlem şartları sözleşmeye dahil edilmek amacıyla karşı tarafa sunulmuş olmalıdır¹⁶.

¹⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 157-158; Aynı şekilde bireysel iş sözleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda işçinin sözleşme içeriğine müdahale olasılığı bulunduğundan aynı esaslar geçerlidir (PREİS, § 25 4, 2).

¹¹ ATAMER, s. 62.

¹² SOYER, s. 29 ve 37; Ayrıca bkz. HROMADKA, NJW 2002, s. 2524; Genel olarak bkz. REHBINDER, Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 14.Auflage, Bern 1999, Rn. 25.

¹³ PREIS, § 25 IV, 2.

¹⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 156.

¹⁵ REHBINDER, Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması (Çev. Ömer TEOMAN), IHFM, Ord. Prof. Dr. Ernst E. HIRSCH'e Armağan, Özel Sayı, İstanbul 1976, s.647; HROMADKA, NJW 2002, 2524; SUNGURBEY, İsmet, Türkiye'de Bankaların İçyüzü, Çorlu 1994, s. 22; Ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, s. 67 vd.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, s. 69 vd.

3- Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi

Genel işlem şartları, önceden hazırlanırken genellikle bu konuda uzman olan kimselerden yararlanılmakta ve bütün olasılıklar düşünülerek emredici hükümlerin sınırını zorlayacak şekilde şartlar içermektedir. Hatta bazen, karşı tarafın hukuki bilgi ve mücadele gücü olmamasından yararlanılarak emredici hükümlere aykırı kayıtlara dahi yer verilebilmektedir¹⁷. Genel işlem şartları tek taraflı düzenlemeler olmaları nedeniyle, daha çok bunu hazırlayan tarafın menfaatlerine hizmet etmektedir. Ayrıca, genellikle genel işlem şartları kendisine sunulan taraf ekonomik, sosyal veya kültürel yönden zayıftır. Bu eşitsizlik ve dengesizlik nedeniyle karşı taraf, adeta kendisine zorla dayatılan genel işlem şartlarını kabul etmek zorunda kalmaktadır. Sonuç olarak genel işlem şartlarının söz konusu olduğu durumlarda genellikle tarafların eşitliğinden ve sözleşme özgürlüğünden söz edilemez¹⁸. Bu nedenle genel işlem şartlarının içerik yönünden denetlenmesi gerekmektedir.

Öncelikle genel işlem şartları, BK. m.20 hükmü gereğince sözleşmelerde olduğu gibi hukukun emredici kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı oldukları takdirde geçersizdirler¹⁹. Ayrıca genel işlem şartlarının açık olmayan kayıtlar içermesi durumunda, hazırlayan taraf aleyhine yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Genel işlem şartlarının denetlenmesi bakımından başvurulabilecek kriterlerden birisi ve hatta en önemlisi dürüstlük kuralıdır. Özellikle genel işlem şartları arasında beklenmedik hükümlerin bulunması, sözleşme hakkının kötüye kullanılması olarak nitelendirilmekte ve denetlenmektedir²⁰. Genel işlem şartlarında, mevcut hukuki düzenlemelerin tekrar edilmiş olduğu kayıtların denetlenmesi söz konusu değildir. Aksi takdirde hakime dolaylı olarak yasaları denetleme olanağı tanınmış olacaktır²¹.

Genel işlem şartlarının hakim tarafından denetlenmesi, bazı kayıtların sözleşme kapsamına dahil sayılmaması veya geçersizliği sonucunu doğurabi-

¹⁷ SUNGURBEY, s. 14.

¹⁸ SOYER, Polat, Hizmet Akitlerinde İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 265; Ayrıca bkz. ve karşı. ZÖLLNER, RdA 1989, s.157; HROMADKA, NJW 2002, s. 2525.

¹⁹ Bkz. TEKİNALP, Ünal, Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Prof. Dr. Ernst E. HIRSCH'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 140 vd; SUNGURBEY, s. 23 vd.

²⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 161-162; Ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, s. 143 vd.; TEKİNALP, s. 143 vd.; SUNGURBEY, s. 37 vd.

²¹ Bkz. ATAMER, s. 217 vd; PREIS, § 25 IV 4a.

lecektir. Bu durumda sözleşme kayıtlarının kısmi geçersizliği, diğer kayıtların ve sözleşmenin tamamının geçersizliği sonucunu doğurmaz. Hatta genel işlem şartlarının tamamının geçersizliği asıl sözleşmenin geçerliliğini etkilemez^{22 23}.

Yargıtay'ın genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin görüşü de yukarıda anlatılanlarla aynı doğrultudadır. Konuya ilişkin karar şu şekildedir: "Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre mahkeme içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının (veya iltihaki sözleşmenin) uyumsuzluk halinde hakim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alan aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şartırtıcı kayıtların ise (sözleşmenin içeriğine dahil sayılmayacağı) münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır"²⁴.

III- İŞ İLİŞKİLERİNDE GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETLENMESİ

1- Hukukun Genel Prensipleri ve İş Hukukunun Emredici Hükümleri

Tip iş sözleşmesi; önceden hazırlanmış olması, işçinin müdahale olanağı bulunmaması ve işçi aleyhine hükümler içerme olasılığı nedeniyle içerik denetimine tabi tutulabilmelidir. İçerik denetimi, hakkaniyete aykırı sözleşme kayıtlarından korunmak amacıyla sıklıkla başvurulanan bir araçtır²⁵. Diğer hukuk dallarına nazaran İş Hukukunda sözleşme özgürlüğü emredici hükümlerle daha fazla sınırlandırılmıştır. Bu nedenle önemle belirtmek gerekir ki, tip iş sözleşmesi kayıtları, öncelikle mevcut İş Hukuku mevzuatı açısından denetlenmelidir²⁶. Örneğin, tip sözleşmede kanunda belirtilenden daha uzun

22 SUGURBEY, s. 28; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 163, Yazar bu sonuca TTK. m. 1266/II hükmünü kıyasen uygulamak suretiyle ulaşmaktadır. Bu hükümde, sigorta şartlarının ilgili bakanlıkça onaylanmasına veya basımına ilişkin kuralların yerine getirilmemesi halinde genel şartlardan sigorta ettirenin zararına olanların yerine kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.; Ayrıca bkz. REHBINDER, Genel İşlem Şartları, s. 649.

23 Bir genel işlem şartının emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçersizliği durumunda, kural olarak BK. m.20/II, c.2 hükmünün uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Buna göre, taraflar anılan hükümlerin geçersizliğinin bilinmesi halinde sözleşmenin yapılmayacağını ve dolayısıyla sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri süremezler (OĞUZMAN/ÖZ, s. 136); Ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, s. 225-226.

24 Y. 3. HD, 2.6.1998 T, E. 1998/4263, K. 1998/6098 (YKD, Temmuz 1998, s. 976-978).

25 ULMER, ULMER/BRANDNER/HENSEN içinde, AGB Gesetz, 5.Auflage, Köln 1987, § 23 II 1c. AGBG.

26 Bkz. ZÖLLNER, RdA 1989, s. 155; GUMPERT, Jobst, Inhaltskontrolle von Formulararbeitsverträgen und "Allgemeinen Arbeitsbedingungen", BB 1974, Heft 3, s. 139.

süreyi öngören deneme süresine ilişkin kayıt bulunması halinde, bu kayıt genel işlem şartlarına aykırılık nedeniyle değil, hukuka aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edilecektir²⁷. Çünkü İş K. m.15, bireysel iş sözleşmesiyle kararlaştırılacak olan deneme süresini en çok iki ayla sınırlandırmıştır. Tip iş sözleşmelerinin cezai şarta ilişkin kayıt içermesini engelleyen bir hüküm bulunmaması nedeniyle cezai şarta ilişkin hükümler içermesi durumunda genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin aşağıda belirtilen kriterler devreye girecektir. Tip iş sözleşmesinde emredici hükümlere aykırı düzenlemelere yer verilemeyeceği gibi, bu düzenlemelere aykırılığın yaptırımını olarak cezai şart da öngörülemeyecektir.

Genel işlem şartlarında öngörülen, borçlunun kusurlu olmasa dahi cezai şartı ödeyeceği yönündeki kayıtlar geçersizdir²⁸. Aynı şekilde tip iş sözleşmesinde cezai şart öngörülmesi durumunda cezai şartın istenebilmesi için işçinin kusurlu olması gerekir²⁹ ve aksi yöndeki sözleşme kayıtları İş Hukukunun işçiyi koruyucu niteliğine aykırıdır³⁰. Tip iş sözleşmesinde işçi aleyhine öngörülen cezai şartın aşırı olmadığı veya işçinin indirim hakkından feragat ettiği yönündeki hükümler de geçersizdir³¹. Çünkü, aşırı cezai şartın indirilmesine ilişkin BK. m. 161/son hükmü emredici niteliktedir³².

Alacaklı sözleşmeye aykırılık halinde kararlaştırılan cezai şartla birlikte ayrıca uğramış olduğu zararın tamamının ödenmesini borçludan isteyemez. Alacaklının talebi sadece cezai şart tutarıyla karşılanmayan miktara ilişkin

27 Yıllık izin sürelerinin kanundaki sürelerin altına indirilmesi, çalıştırma yasaklarına aykırılık, çalışma sürelerinin kanunda belirtilen sürelerin üzerine çıkartılması ve bunların cezai şarta bağlanması gibi örnekler de verilebilir (pek çok örnek için bkz. GUMPERT, BB, 1974, s. 140 vd).

28 PALANDT/HEINRISCH, § 339 Rn.3.

29 İş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şart bakımından, cezai şartın muaccel olmasını kural olarak borçlunun kusurlu olması şartına bağlayan ancak taraflarca aksinin kararlaştırılabileceğini ifade eden BK. m. 161/2 hükmü uygulanamaz.

30 Genel olarak bkz. SCHWERDTNER, Peter, Grenzen der Vereinbarungsfähigkeit von Vertragsstrafen im Einzelarbeitsverhältnis, Festschrift für Marie Luise HILGER und Hermann STUMPF, München 1983, s. 643; SÖLLNER, Alfred, Vertragsstrafen im Arbeitsrecht, AuR, April 1981, s. 104.

31 Genel olarak bkz. EKMEKÇİ, Ömer, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1999, s. 69.

32 Bkz. REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul 2004, s. 392; von TUHR Andreas, Borçlar Hukuku I-II, (Çev. Cevat EDEGE), 2. Bası, Ankara 1983, s. 772; OSER Hugo/ SCHÖNENBERGER Wilhelm, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, m. 110-183, (Çev. Ferit AYİTER), Ankara 1950, m.163, No.17; FUNK, Fritz, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler (Çev. Hıfzı Veldet-C. Hakkı SELEK), İstanbul 1938, m.163, N.1.

olabilir³³. O halde alacaklı tazminat talebinden kararlaştırılan cezai şart miktarını mahsup etmelidir³⁴. Mahsup kuralı ağırlıklı görüşe göre tamamlayıcı niteliktedir³⁵. Bu görüşe göre, taraflar cezai şart kararlaştırılırken alacaklının cezai şartın yanı sıra uğramış olduğu zararın tamamını isteyebileceğini kararlaştırabilirler. Ancak Alman Hukukunda, mahsup kuralının tamamlayıcı niteliğine aksinin tip sözleşmeler yoluyla öngörülemeyeceği ifade edilmek suretiyle istisna tanınmaktadır³⁶. Dolayısıyla tip iş sözleşmesinde işçinin cezai şartla birlikte, işverenin uğramış olduğu zararın tamamından ayrıca sorumlu olacağı yönündeki kayıtlar geçersizdir.

Tip iş sözleşmelerinin denetlenmesinde ahlaka aykırılıktan da yararlanılabilir. Bununla birlikte bu kriterin uygulanması, ahlaka aykırılığın çok açık olmadığı durumlarda zorluk gösterir³⁷. Ancak tip iş sözleşmesinde yer alan cezai şartın işçinin ekonomik olarak yıkımına neden olacak derecede aşırı olması durumunda ahlaka aykırılık üzerinde durulabilir. Bununla birlikte kararlaştırılan cezai şartın aşırı olması, hakimin aşırı cezai şartı indirim olanağı bulunması nedeniyle tek başına ahlaka aykırılığın varlığı bakımından yeterli kabul edilmeyebilir. Tip iş sözleşmesinde öngörülen cezai şarta ilişkin kayıtlar iş görme borcunun konusunun ahlaka aykırı olması durumunda ise geçersiz olacaktır.

İş sözleşmesiyle işçinin, sözleşme yapıldıktan daha sonraki bir tarihte işe başlaması kararlaştırılabilir. Bu gibi durumlarda tip iş sözleşmesi, işçinin

³³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 882; EREN, s. 1139.

³⁴ EREN, s. 1139; OZANOĞLU, Hasan S., İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, Gazi Üniversitesi HFD, 1999, S.1-2, s. 103; Bahsedilen husus Alman Medeni Kanununda açıkça düzenlenmiştir (§ 340 Abs.2, § 341 Abs.2 BGB). Türk Hukukunda cezai şarta ilişkin belirtilen doğrultuda bir düzenleme bulunmamasına rağmen Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir. (Y. 13. HD, 30.9.1985 T, E. 1985/5302, K. 1985/5562 (UÇAR, Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul 1993, s.90); Y. 13. HD, 13.11.1980 T, E. 1985/4432, K. 1980/5838 (UÇAR, s.92).

³⁵ PALANDT/HEINRISCH, Bürgerliches Gesetzbuch. 57. Auflage, München 1998 § 340 Rn.3; MüKo-SÖLLNER, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, 2. Auflage, München 1985, § 340 Rn.1; STAUDINGER/KADUK, Staudingers Kommentar zum BGB II, Berlin 1985, § 340 Rn.3; ERMAN/WESTERMANN, Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, §§ 1-853, 9.Auflage, Münster 1993, § 340 Rn.1; OZANOĞLU, s. 104.

³⁶ Bkz. LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, § 24 II a; PALANDT/HEINRISCH, § 340 Rn.3; MüKo-SÖLLNER, § 340 Rn.1.

³⁷ Genel olarak bkz. ATAMER, s. 151 vd.

belirlenen tarihte işe başlamaması durumunda işverene cezai şart ödemesi yönünde kayıtlar içerebilecektir³⁸.

Toplu iş sözleşmesinin tarafların özerkliği ve dolayısıyla eşitliği ilkesine dayanması nedeniyle, genel işlem şartları bakımından uygunluk denetimine tabi tutulması söz konusu değildir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinin içerdiği genel işlem şartları niteliği taşıyan kayıtlar sadece hukuka uygunluk yönünden denetlenebilir³⁹.

2- Hakkaniyete Aykırılık

Tip iş sözleşmesiyle işçi aleyhine öngörülmüş olan cezai şarta ilişkin kayıtların denetlenmesinde başvurulabilecek unsurlardan birisi de hakkaniyete aykırılıktır⁴⁰. Böylece işveren tarafından işçiye kabul ettirilen cezai şarta ilişkin kayıtların sözleşme hakkının kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığı ve hakkaniyete uygunluğu denetlenebilecektir⁴¹. Tip iş sözleşmesiyle işçi aleyhine cezai şart öngörülebilmesi için işverenin haklı menfaatinin bulunması gerekir⁴². Tip iş sözleşmesinin işçi aleyhine kayıtlar taşıyabilmesi bakımından işverenin genel anlamda menfaati bulunması yeterli değildir. Bu kayıtların işverenin haklı menfaatlerinin korunması için elverişli ve gerekli olması yanında orantılılık ilkesini de bünyesinde barındırması gerekir⁴³. Cezai şartın iş sözleşmesinin haksız feshinin önlenmesi, rekabet yasağının güvence altına alınması amacına hizmet etmesi durumunda işverenin haklı menfaati bulunduğu kabul edilir. Aynı şekilde sır saklama yükümlülüğünün garanti altına alınması da cezai şart yoluyla sağlanabilir⁴⁴.

38 SCHAUB, Günter, Arbeitsrechts Handbuch, 8. Auflage, München 1996, § 60 III; POPP, Josef., Schadenersatz und Vertragsstrafe bei Arbeitsvertragsbruch, NZA 1988, s. 456 vd.; BERGER/DELHEY, Ulf, Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers – Tatbestand und Rechtsfolgen, DB 1989, Heft 43, s. 2173; LANGHEID, Theodor, Vertragsstrafenvereinbarung in Arbeitsverträgen, DB 1980, s. 1219.

39 HROMADKA, NJW 2002, s. 2525; GUMPERT, BB 1974, s.140; PREIS, § 25 IV 4a; § 310 Abs. 4 S. 3 BGB hükmü, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin genel işlem şartlarına ilişkin içerik denetimine tabi olmadığı yönünde açık düzenleme içermektedir.

40 LOHR, Vertragsstrafen im Arbeitsverhältnis, MDR 2000, s. 433.

41 TEKİNALP, s. 143 vd.; Tip iş sözleşmelerinin içerik bakımından hakkaniyete uygunluğunun hakim tarafından denetlenebileceği yönünde (LAG Berlin v. 22.5.1997 – 1 Sa 4/97, NZA-RR 1998, 53).

42 LOHR, MDR 2000, s. 433; HROMADKA, NJW 2002, s. 2527.

43 HROMADKA, NJW 2002, s. 2527.

44 LOHR, MDR 2000, s. 433; Genel olarak bkz. ZÖLLNER, RdA 1989, s. 159; HROMADKA, NJW 2002, s. 2527; Berlin Eyalet Mahkemesi bir kararında, işçinin bildirim yükümlülüğüne aykırı davranması halinde ödenmek üzere kararlaştırılan cezai şartı, işverenin uğramış olduğu zararı isbat güclüğü bulunmadığı dolayısıyla işverenin

Bununla birlikte tip iş sözleşmesinin içeriğinin denetlenmesinde hakka-niyete aykırılık ölçütünden somut kayıtlar bakımında sınırlı olarak yararlanı-labilir ve genel bir denetim ölçütü olarak kabul etmek zordur⁴⁵.

3- Olağan Dışı Kayıtlar

Genel işlem şartlarını içeren sözleşmenin, güven ilkesinin sınırlarını aş-ması, bunu hazırlayanın dikkat çekmemesi halinde karşı tarafın bu sözleşme hükümlerini hesaba katmayacak olması durumunda olağan dışı kayıtlardan söz edilir. Dolayısıyla, sözleşme kayıtları karşı tarafın hiç beklemediği, he-saba katmadığı veya katmasının beklenemeyeceği bir sonuç doğuruyorsa geçersizdirler⁴⁶. O halde genel işlem şartları içerisinde yer alan kayıtlar, olağan ve beklenebilir oldukları taktirde bağlayıcılık kazanırlar. Buna göre, genel işlem şartlarına dayanan taraf, karşı tarafın normal olarak öngöreme-yeceği, olağan dışı kayıtlara dayanamaz⁴⁷. Uyuşmazlık halinde hakim, ön-ceden hazırlanmış olan tip iş sözleşmesinin olağan dışı karakter taşıyıp taşı-madığını inceleyebilecektir⁴⁸. Tip sözleşme kayıtları, şaşırtıcı veya aldatıcı etkiye sahip olduğu taktirde olağan dışıdır. Sözleşmenin olağan dışı kayıtlar içerip içermediğinin belirlenmesinde tüm hal ve şartlar, özellikle sözleşme-nin dış görünüşü dikkate alınmalıdır. Ayrıca bir hükme sözleşme metninde hiç beklenmedik bir pozisyonda yer verilmiş olması da olağan dışı kayıt olarak değerlendirilebilir⁴⁹. Örneğin, normal olarak cezai şarta ilişkin kayıtlara, “sözleşmeye aykırı davranışların yaptırımları” gibi bir başlık altında veya işçinin uymakla yükümlü olduğu şartlarla birlikte aynı bölümde yer verilmelidir.

haklı ekonomik menfaati olmadığı gerekçesiyle geçerli kabul etmemiştir (LAG Berlin vom 22.5.1997 – 1 sa 4/97, NZA-RR 1998, s.53).

45 Genel olarak bkz. PREIS, § 25 V.

46 TEKİNALP, s. 142; SUNGURBEY, s. 38.

47 Bkz. SOYER, s. 83 vd.; ATAMER, s. 108 vd.; HROMADKA, NJW 2002, s. 2526; Bu kuralı Alman Hukukunda § 305 c Abs.1 BGB hükmü; “Hal ve şartlara ve özellikle sözleşmenin dış görünüşüne göre karşı tarafın tahmin edemeyeceği kadar olağan dışı olan genel işlem şartları sözleşme kapsamına dahil sayılmazlar” şeklinde ifade etmektedir. Bu kuralın, iş sözleşmeleri bakımından da geçerli olduğu ifade edilmektedir. (ULMER, ULMER/BRANDNER/HENSEN içinde, § 23 II 4a AGBG). Alman Federal İş Mahkemesi ise aynı sonuca genel işlem şartlarına ilişkin hükmü kıyasen uygulamak suretiyle değil, hukukun genel ilkelerine dayanarak ulaşmıştır. (bkz. BAG v. 29.11.1995 – 5 AZR 447/94, MDR 1996, s. 1045).

48 LOHR, MDR 2000, s. 434; Ayrıca bkz. SOYER, s. 80, 83.

49 HROMADKA, NJW 2002, s. 2526; BAG v. 29.11.1995 – 5 AZR 447/94, MDR 1996, s. 1045.

Önceden hazırlanan iş sözleşmesi, çok küçük puntolarla ve sıkıştırılmış olarak düzenlenmiş ise, başlığı bulunmuyorsa veya baskı tekniklerine uyulmamış ise, olağan dışı kayıtlar içermektedir ve bu kayıtlar geçersizdir⁵⁰. Ayrıca sözleşme içerisinde ve özellikle cezai şarta ilişkin kayıtlarda, sıklıkla diğer sözleşme kayıtlarına atıf yapılması, sözleşme metninin okunmasını zorlaştıracığından bu hususun da gözden uzak tutulmaması gerekir⁵¹.

4- Açık Olmayan Kayıtların Yorumlanması

Genel işlem şartlarında yer alan kayıtların açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesi gerekir. Sözleşme kayıtlarının, ortalama hukuk bilgisine sahip bir vatandaşın hukuki yardım almasına gerek kalmaksızın aleyhe sonuç doğuran hükümlerinin etkilerinin farkına varabileceği nitelikte hazırlanmış olması gerekir⁵². Açık olmama kuralı tartışmaya elverişli değildir⁵³. Diğer deyişle, tip iş sözleşmesine dayanan işveren, işçinin sözleşme kayıtlarını anlayabilecek yeterliliğe ve niteliğe sahip olduğunu ileri süremez.

Önceden hazırlanan genel işlem şartlarında yer alan bazı kayıtlar açık ve anlaşılır değilse veya birden fazla anlam içeriyorsa, bunu hazırlayan aleyhine yorumlanır⁵⁴. "Açık olmama kuralı"⁵⁵ olarak da adlandırılan bu yorum kuralının işveren tarafından önceden hazırlanan tip iş sözleşmelerinde yer alan açık olmayan kayıtların yorumlanması bakımından uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır⁵⁶.

Açık olmama kuralı, ancak sözleşme kayıtlarının genel yorumu sonucunda tereddütlerin yeterince giderilememesi halinde uygulanabilir⁵⁷. Söz-

50 Bkz. SOYER, s. 80; BAG v. 29.11.1995 – 5 AZR 447/94, MDR 1996, s. 1045; LAG Berlin v. 22.5.1997 – 1 sa 4/97, NZA-RR 1998, s. 53.

51 LOHR, MDR 2000, s. 434.

52 HROMADKA, NJW 2002, s. 2528.

53 HROMADKA, NJW 2002, s. 2528.

54 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 162; ELBİR, İş Hukukunda Yorum, İHD, C.I, 1969, s. 22 vd.; SUNGURBEY, s. 37; Genel işlem şartlarının yorumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER, s. 132 vd.; ATAMER, s. 124 vd.; HROMADKA, NJW 2002, s. 2526.

55 Alman Hukukunda § 305 c Abs.1 BGB hükmü bu kuralı şu şekilde ifade etmektedir: "Genel işlem şartlarının yorumlanmasından kaynaklanan tereddütler, bunları kullanan aleyhine sonuç doğurur".

56 LOHR, MDR 2000, s. 434.

57 İş sözleşmesinin yorumu bakımından İş Hukuku mevzuatında farklı hükümler öngörülmediğine göre, kural olarak tarafların ortak amaçlarının belirlenmesi gerekir (BK. m.18/1). İş sözleşmelerinin yorumu bakımından öncelikle sözleşme metni göz önünde bulundurulmalıdır. Yorum ihtiyacı gösteren sözleşme hükmü diğer hükümlerle karşılaştı-

leşmenin genel olarak yorumlanmasının işçi aleyhine sonuç doğurması, açık olmama kuralına başvurulması sonucunu doğurmaz⁵⁸. Bununla birlikte, sözleşme işveren tarafından kaleme alınmış veya tip iş sözleşmesi söz konusu olduğu takdirde yoruma ihtiyaç gösteren kapalı ifadelerin yorumlanmasında işçi lehine yorum⁵⁹ tarzı kabul edilmelidir. Çünkü işçinin içeriğinin belirlenmesinde katkısının olmadığı bir sözleşmede, tarafların ortak amaçlarını aramak gerçeğe bağdaşmaz⁶⁰.

Tip iş sözleşmesiyle öngörülen cezai şartın hangi sözleşmeye aykırılık hallerinde muaccel olacağına sözleşme hükümlerinden çıkarılabilmesi gerekir. Hangi davranışların sözleşmeye aykırılık oluşturduğunun somut olarak nitelendirilmiş olmayıp aksine sadece "sözleşmeye aykırılık" kavramına yer verilmiş olması durumunda cezai şartla ilişkin sözleşme kayıtları geçersizdir⁶¹. Cezai şartla ilişkin kayıtların geçerli olabilmesi için, cezai şart ödeme yükümlülüğünü doğuran sözleşmeye aykırı davranışın, cezai şart borçlusunun kendi davranışı ile bu yükümlülüğe aykırı davrandığını fark edebileceği derecede açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmiş olması gerekir⁶².

Alman Federal İş Mahkemesi, uyuşmazlık konusu bir olayda önceden hazırlanan tip sözleşmeye ilişkin kararını⁶³ açık olmama kuralına dayandırmıştır. Mahkeme tip iş sözleşmesinde yer alan, sözleşmeye aykırılık halinde işçi aleyhine öngörülen cezai şartın muaccel olacağı yönündeki hükmün yeterince açık olmadığı gerekçesiyle uygulanamayacağını ifade etmiştir. Ayrıca kararda, cezai şartın istenebilmesi için cezai şartın işçinin sözleşmeye aykırı olarak işe başlamaması, iş sözleşmesinin haklı bir nedene dayanmaksızın feshedilmesi ve bildirim sürelerine uymaksızın feshedilmek suretiyle kötüye kullanılması hallerinde olduğu gibi somut olarak belirtilmesi gereği-

nlmak suretiyle sözleşmenin bütününe hakim olan ortak amaç dikkate alınmalıdır (Bkz. KAPLAN, İbrahim, Sözleşmenin Hakim Tarafından Yorumu, Yaşar KARAYALÇIN'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 41 vd.).

58 SOYER, s. 134-135.

59 Yargıtay, iş sözleşmesinin yorumlanmasına ilişkin bir kararında, iş sözleşmesinde birbiriyle çelişen hükümlerin bulunması durumunda, İş Hukukunun işçiyi koruyucu niteliği nedeniyle işçi yararına olan hükümlerin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. (Y. 9. HD, 26.2.1996 T. E. 1995/26332, K. 1996/2570, YKD. Ağustos 1996, s. 1239-1241).

60 Bkz. ELBİR, s. 22 vd.; SOYER, s. 130.

61 LOHR, MDR 2000, s. 432.

62 SCHWERDTNER Peter, Grenzen der Vereinbarungsfähigkeit von Vertragsstrafen im Einzelarbeitsverhältnis, Festschrift für Maria Luise HILGER und Hermann STUMPF, München 1983, s. 644; Ayrıca bkz. HOB, Die arbeitsrechtliche Abmahnung, MDR 1999, s. 340; PREIS, Arbeitsrecht, § 52 I 3; BAG, AP Nr. 12 zu § 339 BGB.

63 BAG v. 18.9.1991 – 5 AZR 650/90, NZA 1992, s. 215.

ne işaret edilerek işverenin tip sözleşmeyi hazırlarken gerekli açıklığı sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir.

İşveren şayet tip sözleşme ile tali yükümlülüklerle ilişkin düzenlemelerde bulunmak istediği takdirde, aynı şekilde bu yükümlülüklerin de açık şekilde ifade edilmesi gerekir⁶⁴. Son olarak belirtelim ki, bireysel iş sözleşmesi ile tip sözleşme kayıtları arasında farklı hükümler bulunması durumunda, bireysel iş sözleşmesi hükümleri önceliğe sahiptir. Bu nedenle tip sözleşmede yer alan bireysel iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkün değildir⁶⁵.

IV- DEĞERLENDİRME

Tip iş sözleşmeleriyle hukukun genel prensiplerine ve İş Hukukunun emredici hükümlerine aykırı düzenlemelerde bulunmak mümkün değildir. Bu nedenle, bu türlü kayıtlara aykırılığın yaptırımını olarak cezai şart da öngörülemez. Ayrıca öngörülen cezai şartın muaccel olması, işçinin sözleşmeye aykırı davranışta kusurlu olması şartına bağlıdır.

Tip iş sözleşmesinde öngörülen cezai şarta ilişkin kayıtlar, hakkaniyete aykırılık yönünden de denetlenebilir. Bu türlü kayıtların öngörülmesinde işverenin haklı menfaatlerinin bulunması gerekir. Aksi takdirde işverenin sözleşme hakkını kötüye kullanması ve hakkaniyete uygunluk denetimi söz konusu olabilecektir.

İşveren tarafından tek taraflı olarak hazırlanan ve işçinin içeriğinin şekillenmesinde hiçbir katkısının olmadığı cezai şarta ilişkin kayıtların, açık ve anlaşılır biçimde kaleme alınmış olması gerekir. Cezai şarta ilişkin kayıtların açık ve anlaşılır olmaması, diğer ifadeyle yoruma ihtiyaç göstermesi durumunda bu kayıtları kullanan işveren aleyhine yorumlanması gerekir.

Tip sözleşmede öngörülen, cezai şartın muaccel olması için gerekli olan sözleşmeye aykırı davranışların açıkça ve ayrıca belirtilmesi gerekir. Yine cezai şarta ilişkin kayıtların olağan dışı, şaşırtıcı ve aldatıcı nitelik taşımaması gerekir. Olağan dışılığın belirlenmesinde özellikle tip sözleşmenin dış görünüşü ve düzenlenme şekli etkili olabilir.

Cezai şarta ilişkin tip iş sözleşmesi kayıtları tek başına işçi aleyhine olduğu gerekçesiyle reddedilemez. Önemli olan nokta, eğitim giderleri karşılığında cezai şart kararlaştırılmasında olduğu gibi sözleşmenin işçiye sağla-

⁶⁴ BAG v. 4.9.1964 – 5 AZR 511/63, AP Nr. 3 zu § 339 BGB.

⁶⁵ Bkz. SOYER, s. 85-86; Genel Düşünceler için bkz. ATAMER, s. 124 vd.; “Bireysel Anlaşmaların Önceliği İlkesi” Alman Hukukunda § 305b BGB. hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre: “Bireysel anlaşmalar genel işlem şartlarına göre önceliğe sahiptir”.

makta olduğu menfaatler ile getirmiş olduğu yükümlülükler arasında karşılıklı ilişki ve denge bulunmasıdır.

Ekonomi – Maliye

