

-Karar İncelemesi-

**TACİRİN İŞ KANUNU'NA TÂBİ BİR SÖZLEŞMEDEN DOĞAN
CEZAÎ ŞART BORCUNA TK. 24 (İNDİRİM YASAĞI)
UYGULANABİLİR Mİ?**

Doç. Dr. Ahmet BATTAL*

A. GİRİŞ

TTK 24, tacir olmanın mükellefiyetleri kapsamında, borçlu tacirin, BK 161/son'da öngörülen, fahiş cezaî şartın indirilmesini mahkemeden talep etme hakkından yararlanamayacağı hususunu düzenlemektedir.

Bu kural; bir istisna tanımaksızın, tacirin borçlarının tamamı için öngörülmüş ise de, doktrinde ve uygulamada, gerçek kişi tacirin ticarî olmayan borçları nedeniyle ödemesi gereken cezaî şart için indirim talep etme hakkının bulunduğu, genellikle kabul edilmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, aşağıda ayrıntılarıyla inceleyeceğimiz kararında bu istisnanın kapsamını genişletmektedir.

Buna göre; tacir olan işveren ile işçisi arasındaki hizmet sözleşmesi ilişkisi, ticarî iş niteliğinde olmadığından, TTK. 24 kapsamında da değildir. Bu nedenle bu tür sözleşmelerde işveren aleyhine öngörülen cezaî şartın BK. 161/son gereğince mahkemece indirim tabi tutulması mümkündür.

Yargıtay'ın bu yeni içtihadı kanaatimizce, bazı yönlerden eleştirilebilir. Aşağıda önce karar ve karşı oy yazısını aynen aktaracak, ardından gerekçelerini ve sonucu değerlendirerek kendi görüşümüzü ortaya koyacağız.

(*) Gazi Üniversitesi Öğretim Üyesi

B. KARAR¹

T.C.
Yargıtay
Hukuk Genel Kurulu
E: 1997/9-486
K: 1997/822
T: 15.10.1997

**CEZA KOŞULU
CEZANIN TENKİSİ**

ÖZET: Taraflar arasında düzenlenen TİS uyarınca, askerden dönen işçisini işe almayan işveren A.Ş.'nin ödemesi gereken tazminat, tipik bir ceza koşuludur. Tacir olan işveren A.Ş. ile işçi arasındaki ilişki ticari iş niteliğinde olmayıp 1475 sayılı İş Yasası hükümlerine bağlı bir hizmet aktidir. Bu nedenle BK'nun 161/son maddesi uyarınca indirim tabii olup TTK'nun 24. maddesinin uygulanmasını gerektirmez.
(818 s. BK. m. 161/son)
(676 s. m. 3, 24)

Taraflar arasındaki "TİS'ten kaynaklanan alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (Antalya İş Mahkemesi)nce davanın kabulüne dair verilen 10.12.1996 gün ve 1996/359-522 sayılı kararın incelenmesinin davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nin 7.4.1997 gün ve 1996/23037-1997/6709 sayılı ilamıyla; (...1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2- Davacının askerlik dönüşü işe alınmaması ile ilgili TİS'in 16/b maddesinde öngörülen tazminat niteliği itibariyle cezai şart kapsamında bulunduğundan, Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesi uyarınca tenkisinin düşünülmemiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden : Davalı vekili

Hukuk Genel Kurulu'na incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Uyuşmazlığın çözümü, davacının askerlik dönüşü işe alınmamasından kaynaklanan ve TİS'nin 16/b maddesinde öngörülen "İŞE ALMAMA" tazminatının

(1) Y. HGK'nun 15.10.1997 tarihli ve 97/9-486 E. 97/822 K. sayılı Kararı, YKD, C. 25, Sa. 3, Mart-1999, s. 303 vd.

hukukî niteliği ile bu tazminatın BK.nunun 161/son maddesi uyarınca indirim tabi tutulup tutulmayacağına belirlenmesinde toplanmaktadır. Öncelikle belirtelim ki, sözü edilen tazminat hukuksal nitelikçe, bir cezai şart konumunda olduğundan kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır.

Gerçekte de, davanın yasal dayanağını oluşturan TİS'nin 16/b maddesi "Muvazaf askerlik hizmeti dolayısıyla işinden ayrılan işçiler askerlik bitiminden sonraki iki ay içinde işverene müracaatları halinde ve çalıştığı kadro doldurulmamış ise aynı işyerine alınırlar. İşe alınmama halinde işçiye yasal hakları dışında, emsali işçinin o anki ücreti üzerinden üç aylık brüt ücreti tutarında işverence işe almamak tazminatı ödenir" şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, anılan hukukî işlem ile işverenin askerden dönen işçisini işe alma borcunu yerine getirmemesi halinde ödemesi gereken, işçiye ispat yükü olmadan, zararını alabilme imkanı sağlayan fer'i nitelikte, götürü bir edimle yükümlü tutulduğu belirgindir. Eylemin açıklanan unsurlarından hareket edildiğinde işe almama tazminatının tipik ceza koşulu olduğunun kabulü kaçınılmazdır. Kaldı ki anılan tazminatın bir ceza koşulu olduğunda yerel mahkeme ile özel daire arasında bir uyumsuzluk bulunmadığı gibi Hukuk Genel Kurulu müzakerelerinde de ayrı bir görüş öne sürülmemiştir. Çözümlemesi gereken sorun, bu nitelikteki bir ceza koşulundan, BK.nun 161/son maddesi uyarınca bir indirim yapıp yapılmayacağına; farklı bir anlatımla, davalı işverenin A.Ş. olması nedeni ile TTK 24. maddesinin olayda uygulama olanağının bulunup bulunmadığının belirlenmesinde toplanmaktadır. Bu bağlamda, davacı işçi ile işveren arasındaki ilişkinin hukuku nitelikleri üzerinde durulmasında yarar vardır.

İlk olarak belirtelim ki, işveren ile işçi arasındaki ilişki TTK'nun 3. maddesinde anlamını bulan ticari iş niteliğinde olmayıp, 1475 sayılı İş Yasasından kaynaklanan ve iş yasası hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir hizmet akdidir. Dahası işçi işveren ilişkileri gözetildiğinde kamu düzeni ile de ilgilidir. Esasen iş hukukunun temel ilkelerinden olan tarafların dengeli tutulması kuralı da bu kabulü doğrulamaktadır. O nedenle; işe almama karşılığı bir yaptırım olarak kararlaştırılan ceza koşulunun TTK'nu hükümlerinin öngördüğü anlamda bir ticari ilişkiden kaynaklanmadığı çok açıktır. Hal böyle olunca; davalı işveren A.Ş.'nin, tacir olması taraflar arasındaki anlatılan hukuki ilişkinin kendine, özellikle iş yasasına özgü niteliği karşısında, TTK'nun 24. maddesinin uygulamasını gerektirmez.

Açıklanan nedenlerle, TTK 24. maddesine dayanılarak, işe almama tazminatı (ceza koşulu) miktarında indirim yapılmamasına ilişkin yerel mahkemenin kabulü ve direnmesi yerinde görülmemiştir. Ne var ki, hükmedilen işe almama tazminatının (ceza koşulunun) miktarı, dosyadaki bilgi ve belgeler değerlendirildiğinde; tarafların ekonomik durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü olarak alındığında hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun görülmesi, mahkeme kararı bu nedenle onanması gerekmiştir.

Sonuç: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle (ONANMASINA), (3.295.000) lira bakiye temyiz

ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 15.10.1997 gününde ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Davalının tacir olduğunda ve davacının da davalının ticarethane niteliğinde bulunan işyerinde çalışırken oluşturulan Toplu İş Sözleşmesinden yararlanan kişilerden olduğunda tartışma yoktur. Ticaret Kanununda "Tanzim olunan hususlarla, bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren BÜTÜN MUAMELE, FİİL VE İŞLER TİCARİ İŞLERDENDİR." (TTK 3) Şu halde davacı Türk Ticaret Kanununun 24. maddesinde yer alan yasaktan yararlanır. İş Kanununda aynı konu düzenlenmediği gibi, İş Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu arasında özel kanun ilişkisi de yoktur. Bu sebeplerle taraflar arasında kararlaştırılan cezaî şart tenkis edilemez. Davaya Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Tahir ALP

2. HD. Başkanı

C. KARARIN ÖZETİ

Askerlik hizmeti nedeniyle işten ayrılan ve askerlik dönüşü eski işine alınmayan davacı, toplu iş sözleşmesi hükümleri arasından yer alan kural gereğince, davalı işverenden işe almama tazminatı talep etmiş, mahkeme bu talebi cezaî şart kapsamında değerlendirerek kabul etmiş, Y.9. HD bu cezaî şartın BK 161/3 gereğince indirim tabi tutulması gerektiği ve mahkemece indirim yapılmamış olduğu gerekçesiyle kararı bozmuş, mahallî mahkeme TTK 24'te yer alan yasak hükmü gereğince tacirin cezaî şart borcunda indirim uygulanamayacağı gerekçesiyle kararında direnmiş, Y.HGK özel dairesinin görüşünü benimseyerek, olayda TTK 24'ün uygulama yeri bulamayacağı ve dolayısıyla BK 161/son'un dikkate alınması gerektiği gerekçesiyle ısrar kararını eleştirmiş ancak somut olayda BK 161/son uyarınca bir indirim yapılmasının gerekmediği gerekçesiyle bu görüş farklılığının sonuca etkili olmadığını belirterek ısrar kararını onamıştır.

D. HUKUK GENEL KURULUNUN GEREKÇELERİ

1. Davacının isteği bir cezaî şartın talep edilmesi niteliğindedir. Bu hususta taraflar ve yargı makamlarının kabulleri arasında bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki ilişki bir hizmet sözleşmesi ilişkisidir. Karara göre bu ilişki "TTK'nun 3. maddesinde anlamını bulan ticarî iş niteliğinde olmayıp, 1475 sayılı İş Yasası'ndan kaynaklanan ve İş

Yasası hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir hizmet akdidir”.

2. Yine karara göre, “işçi ve işveren ilişkileri ... kamu düzeni ile de ilgilidir. Esasen iş hukukunun temel ilkelerinden olan tarafların dengeli tutulması kuralı da bu kabulü doğrulamaktadır.”

Sonuç olarak işe almama karşılığı bir yaptırım olarak kararlaştırılan cezaî şartın TTK'nun öngördüğü anlamda bir ticarî ilişkiden kaynaklanmamış olması nedeniyle bu ilişkiye TTK 24. madde uygulanamaz.

E. GEREKÇELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. TTK 24'ün kapsamı nedir?

Tacir olmanın özel sonuçlarının düzenlendiği hükümler arasında yer alan TTK 24'e göre; “Tacir sıfatını haiz bir borçlu, Borçlar Kanunu'nun ... 161. maddesinin 3. fıkrasında ... yazılı hallerde fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezaî şartın indirilmesini mahkemeden isteyemez”.

BK'nun cezaî şart parasını düzenleyen hükümleri arasında yer alan 161/3'e göre de “hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir”.

TTK 24'ün açık anlamı -yoruma yer bırakmayacak bir biçimde-tacirin bütün borçlarının bu madde kapsamında olduğunu göstermektedir. TTK'nun başka maddelerinde sıklıkla kullanılmış olan “ticarî işler, ticarî borçlar” gibi farklı anlamlar içeren kavramlar kullanılmaksızın, doğrudan doğruya, tacir sıfatını haiz borçlunun borçlarından bahsedilmiştir.

O halde bu hükmün uygulanacağı bir olayın ticarî iş olup olmadığını ya da cezaî şart borcunun ticarî borç olup olmadığını değerlendirmek gereksizdir. Sadece cezaî şart borcunun borçlusu durumunda olan kişinin tacir-sıfatına sahip olup olmadığına bakılacak ve şayet tacir -ya da tacir gibi sorumlu²- ise bu madde kapsamında, indirim yasağı geçerli sayılacaktır.

Oysa HGK. bu açık durumu gözardı ederek dolaylı bir yorumla, TTK 24'ün uygulanabilmesi için, işin ticarî iş niteliğinde olması gerektiği varsayımından hareket etmiştir.

(2) *Battal*, Ahmet: Tacir Gibi Sorumlu Olan (TTK. 14/3), Tacir Olmanın Hangi Sonuçlarına Tabi Tutulmalıdır? Yargıtay Dergisi, C. 23, Ekim 1997, Sa. 4, s. 548.

2. TTK 24'te öngörülen kuralın istisnaları somut olayda uygulanabilir mi?

Doktrinde ve uygulamada TTK 24'teki cezaî şart borcu iki yönden sınırlandırmaya tabî tutulmaktadır³.

Birincisi; borçlu tacir de olsa cezaî şart borçlunun iktisadî yıkımına sebep olacak derecede fahiş ise, BK 20'de yer alan ve diğer bütün hükümleri sınırlayıcı genel hüküm durumunda olan ahlâka aykırı sözleşmelerin geçersizliği kuralı kapsamında cezaî şartın –ve asıl sözleşmenin- geçersiz sayılması ya da indirim tabi tutulması mümkündür⁴.

İkincisi; gerçek kişi tacirin ticarî olmayan borçları için TTK 24'ün uygulanmaması gerektiği genellikle kabul edilmektedir. Bu görüşün gerekçesi TTK 24'ün, aslında TTK 20/2'de öngörülmüş olan genel sonucun -basiretli bir işadamı gibi davranma mükellefiyetinin- özel bir görünümü niteliğinde olduğunun kabul edilmesidir⁵. Böyle olunca, TTK 20/2'de öngörülmüş olan sınır, kendiliğinden, TTK 24'e de şamil olacaktır.

Buna göre, basiretli bir işadamı gibi davranma mükellefiyeti tacirin "ticaretine ait bütün faaliyetlerine" şamil olup, ticarî nitelik taşımayan faaliyetlerde özen borcu genel kurallara tabi olacaktır. Bu durumda özen borcunun bir özel görünümü olan (sözleşmelerde cezaî şart üstlenirken özen göstermek) mükellefiyeti de iki ayrı ölçüye göre değerlendirilecektir. Ticarî işlerde basiretli tacir yükümlülüğü nedeniyle cezaî şarttan indirim talep edilemeyecek, ticarî olmayan işlerde ise BK. 161/3'teki genel kural gereğince indirim talep edilebilecektir.

(3) Doğanay, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1981, s.156'da, TTK 24'ün uygulama yeri bulabilmesi için "ticarî bir işin varlığı yeterli olmayıp, aynı zamanda, borçlu durumunda olan şahsın tacir sıfatını haiz olması da gereklidir. Ancak alacaklı tacir olduğu için onun yönünden ticarî iş niteliği taşıyan sözleşmelerde borçlu tacir olmasa da alacaklıya tabidir, tenkis isteyemez" demek suretiyle doktrinde ve uygulamada kabul edilmiş olan iki istisnaya bir üçüncüsünü eklemektedir.

Kanaatimizce bu görüşün savunulabilmesi mümkün değildir. Zira, özellikle incelediğimiz olay yönünden kanun koyucunun maksadının tam aksi bir sonucun ortaya çıkması söz konusu olabilir: Bu görüşe göre, hizmet sözleşmesi kapsamında işçinin ödemesi gereken bir cezaî şart varsa, alacaklı işverenin tacir olduğu durumlarda TTK 24 devreye girecek ve işçi, bu cezaî şartın fahiş olduğu gerekçesiyle indirilmesini talep edemeyecektir.

(4) Domanıç, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1988, s. 149, Arkan, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 1998, s. 137.

(5) Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri, C. I, Giriş-Ticarî İşletme, Ankara 1957, s. 134, Arkan, s. 137, Karahan, Sami: Ticarî İşletme Hukuku, Konya 1998, s. 92.

Bu yaklaşım tarzı⁶ bizce de doğrudur. Diğer deyişle TTK 24'teki "tacir sıfatını haiz borçlu"nun, sadece "ticaretine ait faaliyetleri" kapsamındaki sözleşmelerinde yer alan cezaî şartın indirimini isteyememesi gereklidir. Belirtelim ki tüzel kişi tacirler için, adî iş - ticarî iş alanı ayrımı kabul edilmediğine göre, bu sınırlama gerçek kişi tacirlerin cezaî şart borçları hakkında geçerli olabilecektir.⁷

Yargıtay'ın, benzer tartışmaların yer aldığı bazı kararlarında, taraflar arasındaki ilişkinin TTK 3 kapsamında ticarî iş olup olmadığını değerlendirerek sonuca ulaşması⁸, borçlu tacirin gerçek kişi olması halinde yukarıdaki kapsamda ele alınarak kabul edilebilir. (TTK 20/2'de öngörülen "ticaretine ait faaliyetler" ve TTK 3'te öngörülen "ticarî işler" tam olarak örtüşmemekle birlikte, tacirin borçlu taraf olduğu sözleşme ilişkileri yönünden iki kavram aynı kapsamdadır).

Ancak somut olayda davalı tacir, A.Ş. türünden bir tüzel kişidir. Bu davalının adi işler (burada borçlar) sahası bulunmamaktadır ki TTK 3'e atıf yapılmak suretiyle cezaî şart borcunun ticarî iş niteliğinde olmadığı sonucuna varılabilsin.

Bu açık duruma rağmen farklı sonuca ulaşılması, Yargıtay'ın; bu kararda ticarî iş, ticarî borç ya da ticarî faaliyet gibi kavramların sınırlarına yeterince riayet edemediğini ya da net bir biçimde belirlemediğini göstermektedir.

3. Bir A.Ş. (tacir niteliğine sahip işveren) ile işçisi arasındaki hizmet ilişkisi ticarî iş niteliğinde midir?

Yargıtay'ın somut olaydaki ilişkinin ticarî iş niteliğini taşıyıp taşımadığı hususundaki değerlendirmesinin gereksiz olduğunu yukarıda ortaya koymuş bulunuyoruz. Bununla birlikte bu değerlendirmenin sonuçları da ayrıca ele alınmayı gerektirecek ölçüde önemli ve sonuç ile ilgilidir.

TTK. 3 ticarî işleri tanımlarken bu konuda herhangi bir istisna ya da sınırlama öngörmüş değildir: "Bu kanunda tanzim olunan hususlarla

(6) Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1995, s.105, No. 193'te, "Arslanlı, tacirin kendisi bakımından ticarî olmayan bir iş için yüküm altına girmesi halinde bu hükmü uygulamamak taraftardır. Gaye ve hakkaniyet bakımından yerinde olan bu fikrin, maddenin açıklığı karşısında ne dereceye kadar savunulabileceği tartışma götürür" diyerek ve maddenin lâfzî yorumuna bağlı kalmak zorunluluğunu dile getirerek, bu görüşü dahi tenkit etmektedir.

(7) Nitekim Eriş, Gönen: Türk Ticaret Kanunu, Ticarî İşletme ve Şirketler, Ankara 1992, s. 257'de; TTK 24'ün, gerçek kişi tacirlerin ticarî olmayan işlerine uygulanmayacağını ifade etmektedir.

(8) Domaniç, s. 150 ve 151'deki iki karara bakınız.

bir ticarethane veya fabrika yahut ticarî şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticarî işlerdendir.”

İşverenin işçisiyle kurduğu hizmet ilişkisi de kanaatimizce onun ticarî işletmesini ilgilendirdiği için ticarî iştir. Oysa Yargıtay, iş kanunları kapsamında ele alınan ve kendisine özgü niteliği bulunan bu ilişkiye, ticarî işe ilişkin sonuçların bağlanmaması gerektiğini savunmaktadır. Bu yorumu da Ticaret Kanunu'nun sistematığına değil, hizmet sözleşmesinin diğer borçlar hukuku sözleşmeleri karşısındaki özel konumuna dayandırmaktadır.

Ancak hizmet sözleşmesinin genel olarak düzenlendiği BK'nda ve buna nazaran özel düzenleme niteliğindeki İş Kanunu'nda (bağlı diğer kanunlar da dahil) işçi - işveren ilişkilerinin ticaret hukuku açısından durumunu ele alan bir düzenleme mevcut değildir⁹. Dolayısıyla konunun, iş hukukunun genel ilkeleri yardımıyla çözümlenmesi gerektiği düşünülebilir.

Hizmet sözleşmelerinin kamu düzeniyle ilişkisinin ve “ tarafların dengeli tutulması” gibi kendisine özgü bazı ilkelerinin bulunduğu doğrudur. Diğer deyişle, Yargıtay'ın tacir ile ticarî işletmesinde çalışan işçileri arasındaki ticarî ilişkiyi, iş hukukunun kendine özgü ilkeleri kapsamında incelemesi ve bazı yönlerden sınırlandırması doğru ve hatta gereklidir. Ancak bu sınırlama işçi lehine sonuç doğurmalıdır ki, amaca uygun olsun.

Kanaatimizce Yargıtay'ın bu “özel”liği yorumlama ve somut olaya uygulama biçimi isabetli olmamıştır. Şöyle ki;

Hizmet sözleşmelerine, kamu düzeni mülâhazasıyla ve emredici hükümler yardımıyla müdahale edilmesinin asıl sebebi taraflar arasında baştan işveren lehine bozuk olan dengenin kurulabilmesi olup, amaç işçiyi koruyabilmektir.

Bu yönden bakıldığında, hizmet sözleşmesinde yer alan ve işçinin borcu niteliğindeki bir cezaî şart için, sınırlama (ya da indirim) gerektiği düşünülebilir. Ancak işçi tacir olmadığı için bu borca zaten TTK 24 değil, BK 161/3'teki genel hüküm uygulanacaktır ve bu koruma işçi için yeterli olup ayrı bir sınırlamaya gerek yoktur.

Daha genel ifade edilecek olursa hizmet sözleşmesinin özel nitelikleri, işçinin işveren karşısında korunmasını gerektirmektedir. İşçi karşısında işvereni koruyucu bir yorumun hizmet sözleşmesinin kendisine özgü yapısına dayandırılması mümkün değildir.

(9) Y.2.HD'nin Başkanı Tahir Alp de karşı oy yazısında bu hususa değinmektedir.

O halde somut olayda, her şeyden önce, cezaî şartın alacaklısı durumundan olan işçinin korunması ilkesi, cezaî şart borcunun fahiş olduğu gerekçesiyle işverenin indirim talep etmesini engellemelidir. TTK 24 alacaklı işçi için bu imkânı sağlamaktadır. Oysa Yargıtay, her nasılsa tam aksine bir sonuca ulaşmak suretiyle işçinin elinden bu imkanı almış bulunmaktadır.

F. SONUÇ

Yargıtay kararı, iki yönden tenkide açıktır.

Birincisi TTK 24'ün bir somut olaya uygulanabilmesi için istisnalar dışında, işin niteliğine değil, borçlu tarafın tacir sıfatına sahip olup olmadığına bakılmalıdır. Somut olaydaki, işveren A.Ş. ile işçi arasındaki ilişki, bu istisnalar kapsamında değildir.

İkincisi, hizmet sözleşmesinin özel nitelikleri, işverenin değil, işçinin korunmasını gerektirdiğinden, eski işçinin işe alınmaması nedeniyle talep edeceği cezaî şart alacağının TTK 24'e tabi olmadığını içtihat etmek, işçinin değil, işverenin korunması sonucunu doğurmuştur.

Bu nedenle, tartıştığımız kararın, bu yönlerden, yeni içtihatlarda gözden geçirilmesi isabetli olacaktır.

