



SENDİKAL TAZMİNATA ESAS ÜCRET (Karar incelemesi)

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No.: 2022/766

Karar No.: 2022/1844

Tarihi: 16.02.2022

Karar Özeti:

Sendikal tazminat, işverene başvuru ve işe başlatılma şartına tabi olmaksızın belirlendiğinden sendikal tazminata esas ücretin geçersiz olduğu belirlenen fesih tarihindeki ücret kabul edilerek hesaplanması gerekir.

İlgili Mevzuat:

6356 sayılı İş Kanunu m. 25

4857 sayılı İş Kanunu m. 21

Yargıtay Kararı:

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizen incelenmesi davalı vekili tarafından istenildiğinde, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının 01.10.2007 tarihinden iş sözleşmesinin haksız ve bildirimsiz feshedildiği 26.08.2015 tarihine kadar davalı işverenlik bünyesinde çalıştığını, davalı aleyhine açılan işe iade davası sonucunda Bakırköy 15. İş Mahkemesi'nce feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine, feshin sendikal nedenle yapılması sebebiyle işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın 1 yıllık brüt ücreti tutarında sendikal tazminata karar verdiğini, istinaf dairesince davalının başvurusunun esastan reddedildiğini, davalı tarafından temyiz edilen kararın Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından onandığını, davalı işverene yasal süre içerisinde işe başlama müracaatı yapıldığını, Bakırköy 40. Noterliği'nden keşide edilen ihtarnamenin davalıya 26.03.2018 tarihinde tebliğ edildiğini, ancak davalı işverenlikçe hiçbir gerekçe bildirilmeksizin işe başlatılmadığı gibi adına tahakkuk eden hiçbir sosyal hak ve alacağının da ödenmediğini, aldığı son ücretin fesih tarihine kadar bordroda yazılı olduğunu ve bu hususta bir ihtilaf bulunmadığını, hak ve alacakları hesaplanırken yol, yemek ve diğer sosyal hakların da yansıtılması gerektiğini, iş akdine son verilen Ağustos 2015 tarihini takip eden Ocak 2016 tarihinde tüm işçi ücretlerine yüzde 10 ila yüzde 20 arasında ücret artışı yapıldığını, bu artışın 2017'de de tekrar edildiğini, aynı zamanda Ocak 2016 tarihinden başlayarak



Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA

işyerinde yılda 4 kez olmak üzere 3 ayda bir 350,00 TL net prim veya ikramiye adı altında bir iyileştirme yapıldığını ve bunun da bordrolara yansıtıldığını, bu hususların kıdem ve ihbar tazminatı ile sendikal tazminat hesaplarında dikkate alınması gerektiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin alacağı, sendikal tazminat ve 4 aylık boşta geçen süre ücreti alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, zamanaşımı itirazında bulunarak, davacının davalı şirketin plastik enjeksiyon bölümünde plastik enjeksiyon operatörü olarak 02.10.2007-25.08.2015 tarihleri arasında en son aylık net 1599,75 TL ücretle çalıştığını, iş sözleşmesinin İş Kanunu 25/II-h maddesi gereğince haklı nedenle feshedildiğinden davacının ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddine karar verilmesini, davacının fiziksel olarak işyerinde bulunmadığı dönemde geriye dönük yol ve yemek yardımlarının verilmesini talep edemeyeceğini, davacının boşta geçen 4 aylık sürede çalışıp çalışmadığının Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan sorularak bu şekilde reel zararının hesaplanması gerektiğini, davacının sendikal faaliyetlere katıldığını kanıtlamadığını, kabul anlamına gelmemek kaydıyla sendikal tazminatın çıplak ücret üzerinden hesaplanması gerektiğini, ayrıca iş akdinin feshedildiği 24.08.2015 tarihindeki son ücret üzerinden hesaplanması gerektiğini, Yargıtay'ın bir kararında sendikal tazminata esas ücretin haksızlığın gerçekleştiği tarihteki ücret olması gerektiğine karar verdiğini beyanla davanın reddini talep etmiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin kesinleşen işe iade kararıyla tespit edildiği, davacının ihbar-kıdem tazminatı ile sendikal tazminat alacağının iş sözleşmesinin işe başlatılmamak suretiyle sona erdirildiği 26.04.2018 tarihindeki ücreti esas alınarak hesaplanması gerektiği gerekçesiyle toplanılan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

İstinaf Başvurusu:

İlk Derece Mahkemesi'nin kararına karşı, davalı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesi'nce, davalı vekilinin istinaf başvuru-

rusunun Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353-(1) b-1 maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiştir.

Temyiz:

Karar, süresi içerisinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Gerekçe:

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Taraflar arasında sendikal tazminatın hesaplanmasına esas ücretin hangi tarihteki ücret olduğu hususunda uyumsuzluk bulunmaktadır.

Sendikal tazminat 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenmiş, işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği korumaları veya üyelikten istifa etmeleri şartına bağlı tutulamayacağı ilk fıkra hükme bağlanmıştır. Sözü edilen maddenin ikinci fıkrasında ise, işverenin, sendika üyesi olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı kuralı getirilmiştir.

İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanun'un yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez. İşe iade davasında belirlenen işçinin 1 yıllık brüt ücreti tutarındaki sendikal tazminat, işverene başvuru ve işe başlatılma şartına tabi olmaksızın belirlendiğinden, ücret geçersiz olduğu belirlenen fesih tarihindeki ücret kabul edilmelidir. Somut olayda, davacının iş sözleşmesi işverence feshedilmiş olup, davacı tarafından açılan işe iade davasının yargılaması neticesinde feshin sendikal nedene dayandığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verildiği, istinaf dairesince davalının istinaf başvurusunun esastan reddedildiği, davalı tarafından temyiz edilen kararın Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından onandığı, davalı işverene yasal süre içerisinde işe başlama müracaatı yapıldığı, Bakırköy 40. Noterliği'nden keşide edilen ihtarnamenin davalıya 26.03.2018 tarihinde tebliğ edildiği 1 aylık süre içerisinde davacının işe başlatılmadığı anlaşılmaktadır.

Hal böyle olmakla beraber, dosya kapsamında yer alan ilk derece mahkemesince hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının hak kazandığı sendikal tazminat alacağı, davacının işe başlamak için müracaat ettiği tarih olan 26.03.2018 tarihinden bir ay geçmekle işverence işe başlatılmadığı tarih olan 26.04.2018 tarihindeki ücreti esas alınmak suretiyle hesaplanmıştır.

Davacının işe iadesine ilişkin kararda sendikal tazminat, işverene başvuru ve işe başlatılma şartına tabi olmaksızın belirlendiğinden, ücretin geçersiz olduğu belirlenen fesih tarihindeki (24.08.2015) ücret kabul edilerek hesaplanması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç:

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesi'ne gönderilmesine, bozma kararının bir örneğinin kararı veren Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.02.2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Kararın İncelenmesi:

İnceleme konusu karara konu olayda davacı, iş sözleşmesinin 26.08.2015 tarihinde sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile sendikal tazminat talepli işe iade davası açmıştır. Yerel Mahkeme feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine, boşta geçen süre ücretine ve feshin sendikal nedenle yapılması sebebiyle işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın bir yıllık brüt ücreti tutarında sendikal tazminata karar vermiş; karar istinaf ve temyiz aşamalarından geçerek kesinleşmiştir. 26.03.2018 tarihinde işverene başvuran işçi bir aylık süresi içinde işe başlatılmamıştır.

Davacının işe iade davası sonrası alacaklarının tahsili amacıyla açtığı davada yerel mahkeme, kıdem ve ihbar tazminatlarının yanı sıra sendikal tazminat alacağına da davacının işe başlatılmadığı tarihteki (26.04.2018) ücreti üzerinden hükmetmiştir.

Yargıtay ise, işe iade kararında sendikal tazminat, işverene başvuru ve işe başlatılıp başlatılmama şartına bağlı olmaksızın belirlendiğinden, ücretin geçersiz olduğu belirlenen fesih tarihindeki (24.08.2015) ücret kabul edilerek hesaplanması gerektiğine hükmetmiştir.

Karara konu olayda fesih ve dava tarihi 7036 sayılı İş Mahkemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki döneme aittir. Bu nedenledir ki, tahsile ilişkin dava öncesinde, sendikal tazminat talepli işe iade davası sonucu verilen kararın temyizi talebi de Yargıtayca incelenmiştir. Bilindiği gibi, 7036 sayılı Kanun'un kabulü sonrasında Yüksek Mahkeme farklı yönde kararlar verdikten sonra nihayetinde sendikal tazminat talepli işe iade davaları sonucu verilen kararların istinaf aşamasında kesinleşeceği, temyiz edilemeyeceği görüşünü benimsemiştir (Söz konusu içtihadın gelişim süreci ve eleştirisi için bkz. Özkara, E./Özkan, S. D.: Sendikal Nedene Dayanan İşe İade Davalarında Kanun Yolu, Sicil, S. 41, 2019, 48 vd.; Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T./Özkara, E.: İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, 2021, 941; Süzek, S.: İş Hukuku, 19. Baskı, 2020, 659-662; Şahlanan, F.: Toplu İş Hukuku, 2020, 212 vd.; Ekmekçi, Ö.: Toplu İş Hukuku Dersleri, 4. Bası, 2022, 191 vd.).

Somut olayda işe iade davasının 7036 sayılı İş Mahkemesi Kanunu'nun yürürlüğü öncesi açılmış olmasının bir diğer önemi, bu Kanunla İş Kanunu m. 21'de boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatının dava tarihindeki ücretine göre hesaplanacağına ilişkin değişikliğin henüz gerçekleşmemiş olmasıdır. Bilindiği gibi, 7036 sayılı Kanunla İş K. m. 21'e, "Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkra düzenlenilen tazminat ile üçüncü fıkra düzenlenilen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler," şeklinde bir hüküm eklenmiştir (f.4). Bu değişiklik, 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe girmiş ve mahkemelerce bu tarihten önce açılan, görülmekte olan davalara

uygulanmayıp, 01.01.2018 tarihinden sonra açılan davalara uygulanmıştır.

Dolayısıyla dava konusu olay mahkemelerce boшта geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatının parasal olarak belirlenmediği döneme ilişkindir. Dava konusu olaydaki gibi, 01.01.2018 tarihinden önce açılan işe iade davalarında boшта geçen süre ücreti, ilk yapılan (geçersiz sayılan) feshi izleyen dört ay çalışılsaydı, alınacak ücret ve diğer haklara göre; işe başlatmama tazminatı ise işçinin başvurusu üzerine işe başlatılmadığı (başlatılmamış sayıldığı) tarihteki ücretine göre hesaplanmaktaydı.

İnceleme konusu olayda yerel mahkeme, sendikal tazminatı da adeta işe başlatmama tazminatı gibi değerlendirmiştir. Gerçekten, Mahkemece, davacının iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin kesinleşen işe iade kararıyla tespit edildiği, davacının ihbar-kıdem tazminatı ile sendikal tazminat alacağıının iş sözleşmesinin işe başlatılmamak suretiyle sona erdirildiği 26.04.2018 tarihindeki ücreti esas alınarak hesaplanması gerektiği kabul edilmiştir.

Oysa belirtilen dönemde işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatının işçinin işe başlatılmadığı tarihteki ücreti üzerinden hesaplanmasının nedeni, bu tazminata hak kazanabilmesi için işçinin işverene süresi içinde başvurmaya rağmen işverence işe başlatılmaması, yani iş sözleşmesinin işe başlatmama suretiyle feshedilmesi koşulunun aranması ve tazminata esas ücretin hesaplanması konusunda özel bir düzenleme bulunmamasıydı. Tazminat da o tarihte doğduğundan ve m. 21’de dava tarihindeki ücretin esas alınacağını öngören bir hüküm de bulunmadığından, işe başlatmama tazminatı da işçinin işe başlatılmadığı (iş sözleşmesinin feshedilmiş sayıldığı – tazminatın doğduğu) tarihteki ücreti esas alınarak hesaplanmaktaydı.

İşe iade davası yoluyla talep edilen sendikal tazminat ise, 6356 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikler sonucunda işçinin işe başvurusu, işverenin işe başlatmaması veya başlatmaması koşullarına bağlı olmaksızın hükmedildiğinden, bu tazminat alacağının işçinin işe başlatılmadığı tarihte doğduğunu söylemek mümkün değildir. İşçi işe dönmek için ister başvursun ister başvurmasın, işveren işçiyi ister başlatсын ister başlatmasın hükmedilen sendikal tazminatın ödenmesi gerekir. Sendikal tazminat alacağı sendikal ayrımcılığın gerçekleştiği, yani iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği tarihte doğmuştur ve bu tarihteki ücrete göre hesaplanacaktır. Belirtilen nedenlerle inceleme konusu kararda Yargıtay’ın vardığı sonuç isabetlidir. Bu şekilde işçinin feshe bağlı alacakları, örneğin kıdem tazminatı, işe başlatılmadığı tarihteki ücretine göre hesaplanırken sendikal tazminat ilk yapılan (geçersiz sayılan) fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanacaktır. İş güvencesi sistemimiz bu tür sonuçlar doğurabilmektedir.

Belirtelim ki Yargıtay daha önce de bu yönde kararlar vermiştir. Yüksek Mahkeme’nin konuya ilişkin bir kararına göre, “Sendikal tazminat, İş Kanunu’nun 21. maddesinde düzenlenen iş güvencesi tazminatından farklı ve bağımsız bir tazminat türü olup, işçinin işe başvurusu veya işe başlatılıp, başlatılmaması şartlarına bağlı değildir. Bu nedenle, davacının geçersizliğine hükmedilen fesih tarihindeki çıplak ücreti yerine, işe başlatılmadığı tarihteki ücreti esas alınarak hesaplama yapılan bilirkişi raporuna istinaden, sendikal tazminatın hüküm altına alınması hatalıdır,” (Yarg. 9. HD,

24.04.2019, E. 2018/8159 K. 2019/9546, karararama.yargitay.gov.tr).

Aynı şekilde örneğin Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi’nin bir kararında da bu Yargıtay kararına atıfta bulunduktan sonra, sendikal tazminat hakkında “... haksız fiilin vuku bulduğu, yani ilk fesih tarihindeki ücret nazara alınarak hesap yapılması gerekmektedir,” ifadelerine yer verilmiştir (08.06.2021, E. 2021/670 K. 2021/873).

Sendikal feshe karşı işe iade davası açılarak sendikal tazminat talep edildiği hallerde de sendikal tazminat işe başlatmama tazminatı niteliğinde olmayıp ayrı ve bağımsız bir tazminattır. İnceleme konusu kararda yerel mahkemenin uyguladığı, sendikal tazminatı işe başlatmama tarihindeki ücrete göre hesaplama yöntemi, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu dönemi için geçerli bir yöntemdi. Zira bu Kanun döneminde iş güvencesi kapsamındaki bir işçi sendikal feshe karşı ancak klasik iş güvencesi prosedürü içinde açacağı bir işe iade davası ile hak arayabilmekteydi ve sendikal tazminata hak kazanabilmesi ancak süresi içinde başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmaması halinde mümkündü. Başka bir deyişle, işe iade davasında şarta bağlı olarak hükmedilen sendikal tazminat işe başlatmama tazminatının ağırlaştırılmış haliydi. Nitekim Kanun’da, “Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, İş Kanunu’nun 18, 19, 20, ve 21’inci madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Kanunu’nun 21’inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz,” denilmekteydi (m.31/f.6; Bu konuda bkz. Özkaraca, E.: 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 38, 2013/3, 199, 208). 6356 sayılı Kanun’da ise yukarıda belirtildiği gibi, sendikal tazminatın herhangi bir koşula bağlı olmaksızın hükmedilmesi öngörülerek işe iade prosedürü ile bağlantı kesilmiştir. İşçi işe başlatılsa da veya işe başlamak için başvurmaya da sendikal tazminata hak kazanmaktadır. Dolayısıyla sendikal tazminat artık işe başlatmama tazminatından bağımsızdır. Sendikal tazminatın hesaplanmasında işe başlatmama tazminatının hesaplanmasına ilişkin esaslar uygulama alanı bulmayacaktır. Sendikal tazminat geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile İş Kanunu m. 21’e dördüncü fıkra eklenmiş ve işe iade davasında boшта geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatının işçinin dava tarihindeki ücreti esas alınarak parasal olarak belirleneceği öngörülmüştür. Sendikal tazminatın 6356 sayılı Kanun m. 25/5’in atfıyla İş Kanunu m. 20 ve 21 uyarınca işe iade davası yoluyla talep edilmesi halinde, boшта geçen süre ücreti ve diğer haklar dava tarihindeki ücrete göre belirlenecekken, sendikal tazminat geçersiz sayılan fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanacaktır.

6356 sayılı Kanun m. 25 hükümlerine göre iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi ister iş güvencesi kapsamında olsun ister olmasın, sendikal tazminat talepli işe iade davası açabileceği gibi işe iade talep etmeyerek doğrudan sendikal tazminat talebini içeren bir dava da açabilir. İş güvencesi hükümlerinin kapsamına giren işçiler de sendikal feshe karşı doğrudan tazminat davası açabilirler. Her iki durumda da, yani ister işe iade davası yoluyla ister doğrudan talep edilsin, sendikal tazminat, sendikal nedenle yapılan fesih tarihindeki ücret esas alınarak hesaplanacaktır (Narman-

hoğlu, Ü.: İş Hukuku Toplu İş İlişkileri, 3. Baskı, 2016, 180; Esener, T./Bozkurt Gümrükçüoğlu, Y.: Sendika Hukuku, 2. Bası, 2017, 243; Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D./Baskan, E.: İş Hukuku, 10. Baskı, 2020, 516; Akyiğit, E.: İş Hukuku, 14. Baskı, 2022, 545; Ekmekçi, 175; Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M./Baysal, U.: İş Hukuku, 7. Baskı, 2022, 988; Güven, E./Aydın, U.: Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, 2020, 332; Göktaş, S./Yılmaz, G.: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, 2021, 543; Sendikal nedene dayanan işe iade davalarında sendikal tazminatın işçinin dava tarihindeki ücreti dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği yönünde bkz, Şahlanan, 206-207; Sur, M.: İş Hukuku Toplu İş İlişkileri, 10. Bası, 2022, 72). Sendikal tazminat talepli işe iade davalarında böylece boшта geçen süre ücreti ve diğer hakların dava tarihindeki, sendikal tazminatın ise fesih tarihindeki ücret esas alınarak belirlenmesi gibi de lege ferenda açısından isabetli olmayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak bu durum iş güvencesi sistemimizin kurgulanması aşamasındaki aksaklıklardan ve bu aksaklıkları gidermek için yapılan değişikliklerin de yeterli olmamasından kaynaklanmaktadır. Sendikal tazminat sadece iş sözleşmesinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle feshi halinde hükmedilen bir tazminat değildir. Fesih dışı sendikal ayrımcılığın yaptırımını da yine işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında sendikal tazminattır. Nitekim 6356 sayılı Kanun’un 25. maddesinin dördüncü fıkrasında, işverenin maddenin ilk üç fıkrasına aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedileceği belirtilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, işçilerin işe alınmalarının; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendika-daki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı; ikinci fıkrasında, işverenin, -ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklı kalmak üzere- bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı; üçüncü fıkrasında da, işçilerin, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyetlerde bulunmalarından dolayı farklı işleme tabi tutulamayacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla fesih dışındaki sendikal ayrımcılıklar da sendikal tazminat yaptırımına tabidir.

İşverenin iş sözleşmesinin devamı sırasında çalışma koşullarının uygulanması hususunda sendikal ayrımcılık yapması örneğin bir işçiye sendika üyeliği veya sendikal faaliyetleri nedeniyle herkese uygulanan zammı uygulamaması halinde sendikal tazminata hükmedilecektir. Bu tazminat da işçinin ihlalin gerçekleştiği tarihteki ücretine göre hesaplanacaktır. Aslında fesih halinde de aynı kural uygulanmakta, ihlal (fesih) tarihindeki ücret esas alınarak sendikal tazminat hesaplanmaktadır.

Yukarıdaki hükümlerden anlaşılacağı üzere, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu döneminden farklı olarak, 6356 sayılı Kanunla işçilerin işe alınmaları aşamasında yapılan sendikal ayrımcılıklar da sendikal tazminat yaptırımına bağlanmıştır (m. 25/f.1, f.4).

Bu noktada sendikal nedenlerle işe alınmayan işçinin talep

edebileceği tazminatta esas ücretin nasıl belirleneceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Zira kişi işe alınmadığından kararlaştırılmış bir ücreti söz konusu olmayacaktır. Bu konuda asgari ücretin veya işçinin başvurduğu işin emsal ücretinin esas alınması gibi seçenekler akla gelebilir. Bize göre esas alınması gereken, başvuru işin emsal ücreti olmalıdır (Bu konuda bkz. Ulucan, D./Nazlı, S.: Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 2, İstanbul 2011, 1680-1681; Özkaraca, Sendikal Güvenceler, 201; Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 227; Tuncay, A.C./Savaş Kutsal, B.: Toplu İş Hukuku, 7. Bası, 2019, 118; Sümer, H.H.: İş Hukuku, 26. Baskı, 2022, 221; Sendikal tazminatın yasal asgari ücret veya işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi ile belirlenmiş sözleşmesel asgari ücret üzerinden hesaplanması gerektiği yönünde bkz, Akyiğit, 545.)

İşe alınma aşamasında sendikal ayrımcılık yasağına ilişkin birinci fıkra yaptırıma bağlanan husus sadece sendikal ayrımcılık yapılarak işe almama durumu değildir (Bu konuda bkz. Özkaraca, E./Ünal, C.: Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması, Sicil, S. 42, 2019, 28-29). Kişi, ücreti de kararlaştırılarak işe alınmış, ancak bu işe alım, fıkra sayılan örneğin (belirli bir) sendikaya üye olmama gibi sendikal ayrımcılık oluşturan bir koşula bağlanmış olabilir. İşverenin birinci fıkraya aykırı bu hareketi de sendikal tazminat yaptırımına tabidir. Böyle bir durumda ise artık ücret belirli olduğundan sendikal tazminat bu ücret üzerinden hesaplanacaktır. Bu konuda talep tarihinin bir önemi bulunmayıp, işe alınmanın birinci fıkraya aykırı bir koşula bağlandığı tarihteki ücret esas alınmalıdır.

Sendikal tazminatın hesabında işçinin temel ücreti yanında işçiye sağlanmış olan para veya parayla ölçülmesi mümkün menfaatlerin de dikkate alınacağı yönünde özel bir düzenleme bulunmadığından, sendikal tazminat işçinin brüt çıplak ücreti esas alınarak hesaplanacaktır. (Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 906; Tuncay/Savaş Kutsal, 126; Şahlanan, 206; Akyiğit, 545; Sur, 70; Güven/Aydın, 332; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 988; Sümer, 222-223). Yargıtay ve BAM kararlarına göre sendikal tazminattan gelir vergisi ve damga vergisi kesintisi yapılacaktır (Yarg. HGK, 12.05.2004, E. 2004/9-255 K. 2004/290, İBD, 2005/5, 1652-1655; Yarg. 9. HD, 28.03.2016 E. 2015/14168 K. 2016/7406; Sakarya BAM 10. HD, 08.06.2021, E. 2021/670 K. 2021/873). Her ne kadar 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun prime esas olmayan kazançları düzenleyen m. 80/1, (b) hükmünde sayılmasa da, burada bir tazminat söz konusu olduğu için sosyal sigorta primi kesintisi ise yapılmayacaktır (Aynı yönde, Sözer, A.N.: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 5. Baskı, 2021, 211; karş. Akyiğit, 546; İşe başlatmama tazminatı açısından bkz. Güzel, A./Okur, A. R./Caniklioğlu, N.: Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Bası, 2021, 263; Tuncay, A. C./Ekmekçi, Ö.: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Bası, 2021, 189; Sümer, H.H.: Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Baskı, 2022, 113). Nitekim Yargıtay da bu yönde karar vermiştir (Yarg. 9. HD, 05.09.2012, E. 2011/48488 K. 2012/27544). Bu açıdan kötü niyet tazminatı (bkz. 2020/20 sayılı İşveren İşlemleri Genelgesi, 2. Bölüm, 3.5), ayrımcılık tazminatı veya işe başlatmama tazminatına benzer bir durum söz konusudur. Tazminat niteliğindeki bu ödemeler gibi sendikal tazminat da sosyal sigorta primi kesintisine tabi değildir.

Sendikal tazminata yürütülecek faiz, yasal faizdir. Bu faiz, iş-veren daha önce temerrüde düşürülmemişse, arabuluculuk başvurusu sonucu düzenlenen son tutanak tarihinden itibaren talep edilebilecektir (Bu konuda kıdem tazminatı hariç işçilik alacaklarının temerrüt tarihi/faiz başlangıcı hususunda Bölge Adliye Mahkemeleri kararları arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi hakkında bkz. Yarg. 9. HD, 21.03.2022, E. 2022/3222 K. 2022/3813). Bize göre, -sadece- sendikal nedenle işe alınmayan kişinin sendikal tazminat talebi dava şartı arabuluculuğa tabi olmayıp bu halde hükmedilecek tazminatın faizi açısından genel esaslar uygulanacaktır (Bkz. Özkaraca/Ünal, 28-29).

Sonuç:

İnceleme konusu karar hakkında sonuç olarak belirtmek gerekirse, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi halinde ister işe iade davası yoluyla ister doğrudan talep edilsin, sendikal tazminat, sendikal nedenle yapılan fesih tarihindeki ücret esas alınarak hesaplanacaktır. Bu nedenle inceleme konusu karar isabet taşımaktadır.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Esas No.: 2017/2911

Karar No.: 2021/1055

Tarihi: 21.09.2021

Karar Özeti:

Somut olaya ilişkin maddi ve hukukî olgulara göre; hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin ve res’en araştırma ilkesine tabi davalardan olduğu, davacının hastanede yattığı sürelerle ilişkin raporlu olduğu günlerde davacı ile davalı işveren arasındaki hizmet akdinin askıda olmakla birlikte devam ettiği, sadece fiili çalışma olmayan istirahatli olunan günler yönünden işverenin prim ödeme zorunluluğunun bulunmadığı, davacının eksik olan aylara ilişkin günlerinin hükümde gösterilmesi gerektiği, ayrıca 506 sayılı Kanun’un 60. maddesinin “G” bendi uyarınca sigortalının 18 yaşından önce çalışması var ise sigorta başlangıç tarihi 18 yaşını doldurduğu tarihten itibaren başlayacağı, 18 yaşından önceki süreler için ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri ise prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edileceği hususları hüküm kurulurken göz önünde bulundurulmalıdır.

İlgili Mevzuat:

5510 sayılı Kanun m. 86/4-8

Hukuk Genel Kurulu Kararı:

1. Taraflar arasındaki “tespit” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Trabzon 2. İş Mahkemesi’nce verilen davanın kabulüne ilişkin karar, davalılar Sosyal Güvenlik Kurumu ve ... vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay (Kapatılan) 21. Hukuk Dairesi’nce yapılan inceleme sonunda bozulmuş, mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.
2. Direnme kararı, davalılar Sosyal Güvenlik Kurumu ve ... vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.
3. Hukuk Genel Kurulu’nce dosyadaki belgeler incelendikten

sonra gereği görüldü:

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin davalıya ait ayakkabı dükkânı işyerinde 2005 yılı başından itibaren fiilen ve aralıksız olarak çalıştığını, davalı işverenin işe başladığından beri kendisini sigortalı yapacağını söylediğini, en son 2010 yılında yaptığı araştırma sonucunda sigorta kaydının hâlen yapılmadığını öğrendiğini, davalı işverene durumu aktardığında tartışarak kendisini işten çıkardığını ileri sürerek davalıya ait işyerinde 2005 yılından itibaren çalıştığının tespitine karar verilmesini talep etmiştir.
5. Davacı vekili 18.12.2012 havale tarihli dilekçesi ile davacının 18.01.2005-17.06.2010 tarihleri arasında çalıştığının tespitini talep ettiklerini açıklamış ve aynı tarihli dilekçede davalı ...’nın kendisini işveren olarak tanıtmış olması nedeniyle husumetin tevcihinde yanılığa düştüklerini, davalı işyerinin kayden malikinin ... olduğunu belirterek husumeti ... yanında ...’ya da yöneltmiştir.

Davalı Cevabı:

6. Davalı ... cevap dilekçesinde; işyerinin ... adına kayıtlı olduğundan davanın söz konusu kişiye teşmili ile hakkındaki davanın husumet yönünden reddi gerektiğini, davanın 5 yıllık hak düşürücü sürede açılmadığını, davanın kamu düzenine ilişkin olup Yargıtay’ın yerleşik içtihatları doğrultusunda araştırma yapılması gerektiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.
7. Davalı ... (SGK/Kurum) vekili cevap dilekçesinde; davanın gerçek işverene yöneltilmesi veya husumetten reddi gerektiğini, davanın 5 yıllık hak düşürücü sürede açılmadığını, davacının sigortalı olarak tescilinin bulunmadığını, davanın kamu düzenine ilişkin olup çalışmanın yöntemince araştırılması gerektiğini belirterek davanın reddinin gerektiğini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

8. Trabzon 2. İş Mahkemesi’nin 23.06.2015 tarihli ve 2013/127 E., 2015/300 K. sayılı kararında; tüm dosya kapsamı ile dinlenen tanık anlatımlarından davacının davalı işverene ait işyerinde 18.01.2005-17.06.2010 tarihleri arasında hizmet akdine dayalı olarak ve aralıksız çalıştığının anlaşıldığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Özel Dairenin Bozma Kararı:

9. Trabzon 2. İş Mahkemesi’nin yukarıda belirtilen kararını davalılar Sosyal Güvenlik Kurumu ve ... vekilleri süresinde temyiz etmiştir.
10. Yargıtay (Kapatılan) 21. Hukuk Dairesi’nin 27.09.2016 tarihli ve 2015/19111 E., 2016/11760 K. sayılı kararı ile; “1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davalılar vekillerinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine, 2- Dava, davacının 18.01.2005-17.06.2010 tarihleri arasında davalı işverenlere ait iş yerinde geçen ve davalı Kuruma bildirilmeyen sigortalı çalışmalarının tespiti istemine ilişkindir.Mahkemece, davanın kabulü ile, davacı ... kızı 20.05.1988 doğumlu ...’in 13000.61 sigorta sicil nolu davalı işverene ait işyerinde 18.01.2005-17.06.2010 tarihleri arasında hizmet akdine dayalı olarak ve aralıksız çalıştığının tespitine karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa’nın 79/10. ve 5510 sayılı Yasa’nın 86/9. maddeleri bu tip hizmet tespiti davaları için özel bir ispat yöntemi öngörmemiş ise de davanın niteliği kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi gerektiği Yargıtay’ın ve giderek Dairemizin yerleşmiş içtihadı gereğidir. Bu tür davalarda öncelikle davacının çalışmasına ilişkin belgelerin işveren tarafından verilip verilmediği yöntemince araştırılmalıdır. Bu koşul oluşmuşsa işyerinin gerçekten var olup olmadığı kanun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlenmeli daha sonra çalışma olgusunun varlığı özel bir duyarlılıkla araştırılmalıdır. Çalışma olgusu her türlü delille ispat edilebilirse de çalışmanın konusu niteliği başlangıç ve bitiş tarihleri hususlarında tanık sözleri değerlendirilmeli, dinlenen tanıkların davacı ile aynı dönemlerde işyerinde çalışmış ve işverenin resmi kayıtlara geçmiş bordro tanıkları ya da komşu işverenlerin aynı nitelikte işi yapan ve bordrolarına resmi kayıtlarına geçmiş çalışanlardan seçilmesine özen gösterilmelidir. Bu tanıkların ifadeleri ile çalışma olgusu hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 16.9.1999 gün 1999/21-510-527, 30.6.1999 gün 1999/21-549-555- 3.11.2004 gün 2004/21- 480-579 sayılı kararları da bu doğrultudadır. Somut olayda, davacının hastanede yattığı süreler dışlanmaksızın 18.01.2005-17.06.2010 tarihleri arasında kesintisiz çalıştığının kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur. Yapılacak iş, 18.01.2005-17.06.2010 tarihleri arasında davacının hastanede yattığı süreler dışlanmak suretiyle karar vermekten ibarettir. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. O halde, davalı vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...” gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

11. Trabzon 2. İş Mahkemesi’nin 08.06.2017 tarihli ve 2016/787 E., 2017/215 K. sayılı kararı ile; Trabzon Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi Başhekimliği Sağlık Kurulu Başkanlığı’nın 14.10.2011 tarihli ve 1119 sayılı yazısına göre davacının 22.04.2007-07.05.2007; 26.10.2007-02.11.2007 ve 17.12.2007-19.12.2007 tarihleri arasında sırasıyla 15, 7 ve 2 gün olmak üzere toplam 24 gün hastanede yattığı, davalı işveren nezdinde beş yılı aşkın süre çalışması bulunan davacının toplamda 24 gün süre hastanede yatmasının çalışmaları kesintili olduğu anlamına gelmeyeceği, hastanede yattığı sürelerin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/I-b bendinde belirtilen süreleri aşmadığı, hastalık nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alındığı ileri sürülebilecek ise de bu durumda dahi iş sözleşmesi, bir başka deyişle hizmet ilişkisi sona ermeyip, sadece tarafların edimlerinin belli bir süre erteleniği, davacının 2007 yılında toplam olarak 24 gün hastanede yatmasının işverene haklı fesih olanağı tanımadığı, böyle bir iddianın da olmadığı, davacının hastanede yattığı sürelerin taraflar arasındaki hizmet ilişkisinin sona erdiği, çalışmanın kesintiye uğradığı yönünde bir kanaat oluşması için yeterli görülmediği gerekçesi ve önceki gerekçeler tekrar edilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

12. Direnme kararı süresi içinde davalılar Sosyal Güvenlik Kurumu ve ... vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık:

13. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davacının hizmet tespiti talep ettiği 18.01.2005-17.06.2010 tarihlerinde hastanede yattığı sürelerin dışlanması gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Gerekçe:

14. 1 Ekim 2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun (5510 sayılı Kanun) Geçici 7. maddesinin 1. fıkrasında; “Bu Kanunun yürürlük tarihine kadar 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı, 02.09.1971 tarihli ve 1479 sayılı, 17.10.1983 tarihli ve 2925 sayılı, bu Kanunla mülga 17.10.1983 tarihli ve 2926 sayılı, 08.06.1949 tarihli ve 5434 sayılı Kanunlar ile 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı Kanun’un Geçici 20’inci maddesine göre sandıklara tabi sigortalılık başlangıçları ile hizmet süreleri, fiili hizmet süresi zammı, itibari hizmet süreleri, borçlandırılan ve ihya edilen süreler ve sigortalılık süreleri tabi oldukları Kanun hükümlerine göre değerlendirilirler” yönünde düzenleme bulunmaktadır.
15. Bu durumda, 01.10.2008 tarihinden önceki döneme ilişkin hizmet tespiti uyuşmazlıklarında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu (506 sayılı Kanun); bu tarihten sonraki dönem bakımından ise 5510 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerekecektir.
16. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, mülga 506 sayılı Kanun ve 5510 sayılı Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrasının “a” bendi kapsamında sigortalı niteliğini kazanmanın koşulları başlıca üç başlık altında toplanmaktadır.
17. Bunlar:
 - i. Çalışma ilişkisinin kural olarak hizmet sözleşmesine dayanması,
 - ii. İşin işverene ait işyerinde ya da iş yerinden sayılan yerlerde iş organizasyonu içerisinde yapılması,
 - iii. Çalışanın 506 sayılı Kanun’un 3. maddesinde (5510 sayılı Kanun’un 6. maddesi) belirtilen istisnalardan olmaması şeklinde sıralanabilir. Sigortalı olabilmek için bu koşulların bir arada bulunması zorunludur.
18. Dolayısıyla sigortalı olarak çalışabilmenin temel koşulu, hizmet sözleşmesine dayalı çalışmanın bulunmasıdır. Bu anlamda bir sözleşme, hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmediğinde sigortalılıktan söz edilmesi de mümkün olmayacaktır.
19. İşçi ve sigortalı kavramlarının tanımında hizmet sözleşmesinden hareket edilmekteyse de 4857 sayılı İş Kanunu (4857 sayılı Kanun) ile yürürlükten kaldırılan 1475 sayılı İş Kanunu’nda ve 506 sayılı Kanun’da bu sözleşmenin tanımına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 8. maddesinde, “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir,” tanımlaması yapılmıştır. Belirtmek gerekirse, 4857 sayılı İş Kanunu’nda “Hizmet akdi” sözcüğü terk edilmiş, yerine “İş sözleşmesi” ifadesi kullanılmıştır.
20. Hizmet akdi, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 313.

maddesinin 1. fıkrasında ise, “Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder,” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda sadece hizmet ve ücret unsurları belirgin iken, 4857 sayılı Kanun’da daha önce Anayasa Mahkemesi ve öğretinin de kabul ettiği gibi “bağımlılık” unsuruna da yer verilmiştir. 5510 sayılı Kanun’un 3/11. maddesinde ise, hizmet akdinin 22.04.1926 tarihli ve mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda tanımlanan hizmet akdini ve iş mevzuatında tanımlanan iş sözleşmesini veya hizmet akdini ifade edeceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, 506 sayılı Kanun döneminde sigortalı niteliğini kazanmanın koşulları 5510 sayılı Kanun döneminde de farklılık arz etmemektedir.

21. Hemen belirtilmelidir ki, 5510 sayılı Kanun’un atıf yaptığı 818 sayılı Borçlar Kanunu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (6098 sayılı Kanun) ile yürürlükten kaldırılmıştır. 6098 sayılı Kanun’un 393. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi, işverenin de ona zamana ve yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”. Bu hâliyle 5510 sayılı Kanun’un 3/11. maddesi uyarınca 818 sayılı Borçlar Kanunu’na yapılan atfın artık 6098 sayılı Kanun’un 393/1. maddesine yapıldığının kabulü gerekecektir.

22. Sigortalılık niteliğinin kazanılması açısından işveren ile çalıştırılan kişi arasında hizmet sözleşmesinin yapılması tek başına yeterli değildir. Ayrıca işin işverene ait işyerinde ya da işyerinden sayılan yerlerde yapılması gerekmektedir. 506 sayılı Kanun’un 5. maddesine göre (5510 sayılı Kanun’un md. 11) işyeri, bir hizmet sözleşmesine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanların işlerini yaptıkları yerdir. İşin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerle dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. **23.** Ayrıca 5510 sayılı Kanun’un Geçici 7. maddesi uyarınca, uygulama yeri bulan 506 sayılı Kanun’un 2. ve 6. maddelerinde öngörülen koşulların oluşmasıyla birlikte çalıştırılanlar, kendiliğinden sigortalı sayılırlar. Ancak, bu kimselerin ayrıca aynı Kanun’un 3. maddesinde sayılan istisnalara girmemesi gerekir. Çalıştırılanların, başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın sigortalı niteliğini kazanmaları 506 sayılı Kanun’un 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan açık hüküm gereğidir (5510 sayılı Kanun 4 ve 92. maddeleri).

24. Ne var ki, sigortalıların bazı haklardan yararlanmaları öncelikle Kuruma bildirilmeleri, belirli süre prim ödemiş olmaları ve kanunun gerektirdiği bilgilerin açık bir şekilde bilinmesi koşullarına da bağlıdır. Anılan bilgi ve belgelerin Kuruma ulaştırılmaması veya eksik ulaştırılması hâlinde ise bildirimsiz (kaçak) çalıştırma olgusu ortaya çıkacaktır. Bu durum, prim ve gelir vergisi ödememek için işverenlerce sıklıkla başvurulan bir yol olup, ülkenin gerçeklerinden biridir. İşte bu noktada, işçinin birtakım yasal haklardan yararlanabilmesi için sigortalı hizmetinin tespitini istemesi gereği ortaya çıkmaktadır.

25. Belirtilen amaca yönelik davaların yasal dayanaklarından 506 sayılı Kanun’un 79. maddesinin 10. fıkrasında “Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları kurumca tespit edilmeyen sigor-

talhaların hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak hizmet tespiti isteye-bilecekleri” düzenlemesine; 5510 sayılı Kanun’un 86. maddesinin 8. fıkrasında ise “Aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurum’ca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamı ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır,” hükmüne yer verilmiştir.

26. Sigortalı tarafından açılan hizmet tespiti davasında her türlü delille kanıtlanabilen çalışma olgusunun usulünce belirlenmesinden sonra, bu çalışmanın sigortalı çalışma olup olmadığı ve çalışılan zaman üzerinde durulmalıdır.

27. Sosyal güvenlik hukukunun hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında kalan özellikleri dikkate alındığında, özellikle hizmet tespiti davalarında kendiliğinden araştırma ilkesinin ağır bastığı görülür. Gerçekten hizmet tespiti davaları, taraflarca hazırlama ilkesi kapsamı dışında olup, kendiliğinden araştırma ilkesi söz konusudur.

28. Sigortalılık başlangıç tarihi ve hizmet tespitine yönelik davaların kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi icap ettiği Yargıtay’ın yerleşmiş içtihadı gereği olduğundan, kamu düzenini ilgilendiren hizmet tespiti davalarında, hâkimin özel bir duyarlılık göstererek delilleri kendiliğinden toplamayı ve sonucuna göre karar vermesi gerekir. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı bu davalarda ispat yükü, bir tarafa yüklenemez.

29. Hizmet tespiti davalarının amacı, hizmetlerin karşılığı olan sosyal güvenlik haklarının korunması olduğundan, tespiti istenen dönemde kişinin sigortalı niteliği taşıyıp taşımadığı ile yapılan işin Kanun kapsamına girip girmediği araştırılmalıdır. Çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğu ancak bu koşullar varsa inceleme konusu yapılabilecektir.

30. Çalışma olgusu her türlü delille ispatlanabileceğinden bu davalarda işyerinde tutulması gerekli dosyalar ile Kurum’daki belge ve kanıtlardan yararlanılmalı, ücret bordroları getirilmeli, müfettiş raporları olup olmadığı araştırılmalı, mümkün oldukça tespiti istenen dönemde işyerinin yönetici ve görevlileri, işyerinde çalışan öteki kişiler ile o işyerine komşu ve yakın işyerlerinde, tarafları veya işyerini bilen veya bilebilecek durumda olanlar zabıta marifetiyle araştırılarak saptanmalı, sigortalının hangi işte hangi süre ile çalıştığı, çalışmanın konusu, sürekli- kesintili-mevsimlik mi olduğu, başlangıç ve bitiş tarihleri ve alınan ücret konularında beyanları alınarak, tanıkların sözleri değerlendirilirken bunların inandırıcılığı üzerinde durulmalı, verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları, işveren ve işçiyle, işyeriyle ilişkileri, bazen uzun yılları kapsayan bilgilerin insan hafızasında yıllarca eksiksiz nasıl taşınabileceği düşünülmeli, beyanları diğer yan delillerle desteklenmelidir.

31. Bu amaçla tanıkların hizmet tespiti istenen tarihte işyeri veya komşu işyeri sigortalısı ya da işvereni olup olmadıkları araştırılmalı, Kurumdan, bu kişilerin belirtilen tarihte sigortalılık bildirimlerinin hangi işyerinden yapılmış olduğu da sorularak, elde edilen bilgilerin ifadelerde belirtilen olgularla örtüşüp örtüşmediği de irdelenmeli, işyerinin kapsam, kapasite ve niteliği ile bu beyanlar kontrol edilmelidir.

32. Diğer taraftan bu davalarda, işverenin çalışma olgusunu

kabulü ya da reddinin tek başına hukuki bir sonuç doğurmayaacağı da göz önünde tutulmalıdır.

33. Nitekim Hukuk Genel Kurulu’nun (HGK) 04.07.2012 tarihli 2012/21-137 E., 2012/433 K.; 29.11.2017 tarihli ve 2015/10-3342 E., 2017/1542 K.; 27.06.2018 tarihli ve 2016/21-2358 E., 2018/1289 K.; 12.03.2019 tarihli ve 2015/10-1862E., 2019/280 K.; 16.12.2020 tarihli ve 2017/21-2336 E., 2020/1044 K. sayılı kararlarında da aynı ilkeler kabul edilmiştir.

34. Öte yandan 06.03.1981 tarihli 2422 sayılı Kanun’un 6. maddesi ile 506 sayılı Kanun’un 60. maddesinde yapılan değişiklikle malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları açısından sigortalılık süresinin en erken 18 yaşının doldurulması ile başlayacağı kabul edilmiştir.

35. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun “Yaşlılık aylığından yararlanma şartlarını düzenleyen 60. maddesinin “G” bendinde “Bu maddenin uygulanmasında: 18 yaşından önce Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarına tabi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdıkları tarihte başlamış kabul edilir. Ancak, bu tarihten önceki süreler için ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edilir,” düzenlemesine yer verilmiştir.

36. Diğer taraftan 506 sayılı Kanun’un Geçici 54. maddesinde “01/04/1981 tarihinden önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tescil edilmiş olanlar hakkında 60’ıncı maddenin (G) fıkrası hükmü uygulanmaz” yönündeki hüküm ile 01.04.1981 tarihinden önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tescil edilmiş olanlar istisna tutulmuştur.

37. Sonuç itibarıyla 01.04.1981 tarihinden sonra çalışmaya başlayanlar yönünden 506 sayılı Kanun kapsamında yaşlılık aylığına hak kazanılabilmesi için geçmesi gerekli sigortalılık süresinin başlangıcı, Kanun’un 60. maddesinin “G” bendi uyarınca en erken 18 yaşının doldurulduğu tarih olacaktır. Sigortalının 18 yaşından önce çalışması var ise sigorta başlangıç tarihi 18 yaşını doldurduğu tarihten itibaren başlayacak, 18 yaşından önceki süreler için ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri ise prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edilecektir.

38. Geline bu noktada somut olayla ilgisi nedeniyle eksik gün bildirimi ile ilgili konu üzerinde durulmalıdır.

39. Davanın 01.10.2008 tarihinden önceki dönemler yönünden yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Kanun’un 79. maddesinin 2. fıkrasına 25.08.1999 tarihli ve 4447 sayılı Kanun ile eklenen “Ay içinde bazı işgünlerinde çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediği beyan edilen sigortalıların otuz günden az çalıştıklarını açıklayan bilgi ve belgelerin işverence prim bildirgelerine eklenmesi şartı,” hükmü 5510 sayılı Kanun’un 86. maddesinin 4. fıkrasında da “Ay içinde bazı iş günlerinde çalıştırılmayan ve ücret ödenmeyen sigortalıların eksik gün nedeni ve eksik gün sayısı, işverence ilgili aya ait aylık prim ve hizmet belgesinde veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesiyle beyan edilir. Sigortalıların 30 günden az çalıştıklarını gösteren eksik gün nedenleri ile bu nedenleri ispatlayan belgelerin şekli, içeriği, ekleri, ilgili olduğu dönemi, saklanması ve diğer hususlar Kurum’ca çıkarılan yönetmelikle belirlenir,” düzenleme yer almaktadır. Dolayısıyla ay içerisinde bazı iş günlerinde çalıştırılmadığı beyan edilen sigortalıların 30 günden az çalıştıklarına ilişkin bilgi ve belgelerin prim ve hizmet belgesine eklenerek Kuruma bildirilmesi gerekmekte olup aksi hâlde sigortalının ayın tamamında kesintisiz olarak

çalıştırıldığı kabulü gerekir.

40. 16.01.2004 tarihli ve 25348 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan mülga Sosyal Sigortalar Kurumu Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği’nin “Prim ve hizmet belgesinin tanzimi, verilmesi ve saklanması” başlıklı 20. maddesinin (j) bendinin (1) numaralı alt bendinde sigortalının istirahatlı olduğunu gösteren resmî kuruluşlara ait sağlık tesisleri veya işyeri hekimlerince düzenlenmiş hekim raporunun ve 12.05.2010 tarihli ve 27579 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği’nin “Aylık prim ve hizmet belgesinin düzenlenmesi, verilmesi ve saklanması” başlıklı 102. maddesinde ise aylık prim ve hizmet belgesi ile birlikte ay içinde 30 günden az çalışan veya eksik ücret ödenen sigortalılara ilişkin Kurumca yetkilendirilmiş sağlık hizmeti sunucularından veya işyeri hekimlerinden alınmış istirahatlı olduğunu gösteren raporun işverence Kuruma verilmesi gereken olduğu belirtilmiştir.

41. Somut olayda 20.05.1988 doğumlu olan ve daha önce sigorta tescil kaydı bulunmayan davacının 18.01.2005-17.06.2010 tarihleri arasında Kurum’a bildirilmeyen hizmetlerinin tespitini talep ettiği, Trabzon Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi Başhekimliği Sağlık Kurulu Başkanlığı’nın 14.10.2011 tarih ve 1119 sayılı yazısına göre davacının 22.04.2007-07.05.2007 tarihleri arası 15 gün, 26.10.2007-02.11.2007 tarihleri arası 7 gün, 17.12.2007-19.12.2007 tarihlerinde 2 gün olmak üzere toplam 24 gün hastanede yattığı, mahkemece tespit talep edilen tarihler arasında kesintisiz hizmet akdi ile çalışma olduğu yönünde hüküm kurulduğu mahkeme ile Özel Daire arasında çalışmanın varlığı yönünden uyumsuzluk bulunmadığı anlaşılmaktadır.

42. Bu durumda yukarıda yapılan açıklamalara, somut olaya ilişkin maddi ve hukukî olgulara göre; hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin ve res’en araştırma ilkesine tabi davalardan olduğu davacının hastanede yattığı sürelerle ilişkin raporlu olduğu günlerde davacı ile davalı işveren arasındaki hizmet akdinin askıda olmakla birlikte devam ettiği, sadece fiili çalışma olmayan istirahatlı olunan günler yönünden işverenin prim ödeme zorunluluğunun bulunmadığı, davacının eksik olan aylara ilişkin günlerinin hükümde gösterilmesi gerektiği ayrıca 506 sayılı Kanun’un 60. maddesinin “G” bendi uyarınca sigortalının 18 yaşından önce çalışması var ise sigorta başlangıç tarihi 18 yaşını doldurduğu tarihten itibaren başlayacağı, 18 yaşından önceki süreler için ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri ise prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edileceği hususları hüküm kurulurken göz önünde bulundurulmalıdır.

43. Hâl böyle olunca direnme kararının Özel Daire bozma kararında belirtilen nedenler yanında yukarıda açıklanan genişletilmiş gerekçe ve nedenlerden bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç:

Açıklanan nedenlerle;

Davalılar vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda açıklanan genişletilmiş gerekçe ve nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Geçici 3. maddesi uyarınca uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,
Karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 21.09.2021 tarihinde oybirliği ile kesin olarak karar verildi.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No.: 2022/3222

Karar No.: 2022/3813

Tarihi: 21.03.2022

Karar Özeti:

Dairemiz uygulamasında, işçinin işverene yönelttiği ihtarda muaccel alacaklarını tek tek belirtmek kaydıyla ile işvereni temerrüde düşürebileceği, alacak miktarlarını ayrı ayrı belirtilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmektedir. Aynı husus arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen arabuluculuk son tutanağı yönünden de geçerlidir. Dava dilekçesinin talep sonucu kısmında bildirilen alacakların dava tarihinden önce arabuluculuk faaliyeti sırasında karşı taraftan talep edilmesi halinde, davalı tarafın arabuluculuk başvurusuna konu edilen alacaklar yönünden son tutanak tarihi itibarıyla temerrüde düştüğü ve talep edilen (kıdem tazminatı dışındaki) alacaklara bu tarihten itibaren faiz uygulanabileceği kabul edilmelidir. Bu sonuç davalı işverenin usulüne uygun davet edilmesine rağmen arabuluculuk görüşmelerine katılmadığı durumlarda da geçerlidir. Dairemizin yerleşik kararları bu doğrultudadır.

İlgili Mevzuat:

6325 sayılı Kanun m. 5

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 117

Yargıtay Kararı:

Bölge Adliye Mahkemesi kararları arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi istemine dair,

Başvuru:

Talep eden Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi; Dairenin 27.01.2021 tarih 2021/133 Esas 2021/136 Karar sayılı ilamında ve benzer kararlarında; işçi-işveren ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar konusunda arabuluculuğa müracaat halinde işçinin kalem kalem belirtmek suretiyle işçilik alacaklarını işverenden istemesinin ve bunun sonucu olarak işverenin işçinin bu taleplerini öğrenmesinin dava açıldığında işveren aleyhine temerrüt oluşturmayacağı veya arabuluculuk faaliyetinden doğan bu vakıanın ileride davada temerrüt tarihi olarak ileri sürülemeyeceği yönünde karar verildiğini, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi'nin 15.09.2021 tarih 2019/4047 esas 2021/2282 karar sayılı, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi'nin 07.12.2021 tarih 2020/651 esas 2021/3374 karar sayılı ilamları ile Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 30. Hukuk Dairesi'nin 09.11.2021 tarih 2021/2937 esas 2021/2821 karar sayılı ilamlarının da aynı yönde olduğunu, ancak Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 30.06.2021 tarih 2020/1584 esas 2021/1855 karar sayılı ilamı ile Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi'nin 23.09.2021 tarih 2019/2770

esas 2021/2065 karar sayılı ilamlarında arabuluculuk görüşmeleri sırasında işçinin talep ettiği alacakları işverenin öğrendiği gerekçesiyle işveren aleyhine temerrüt oluşacağı ve bu temerrüt tarihlerinin dava sırasında ileri sürülebileceği hususlarının hüküm altına alındığını, arabuluculuk görüşmelerinin temerrüt oluşturmayacağı ve bunun dava sırasında ileri sürülemeyeceği yönündeki Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7.,9. ve 30. Hukuk Daireleri'nin kararları ile arabuluculuk görüşmelerinin temerrüt oluşturacağı ve bunun dava sırasında ileri sürülebileceği yönündeki Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. ve 8. Hukuk Daireleri'nin kararları arasında uyuşmazlık oluştuğunu beyan ederek, uyuşmazlığın 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 35/3 maddesi gereğince giderilmesini talep etmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu Kararı:

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu 07.02.2022 tarih ve 2022/3 sayılı kararı ile;

1) Mahkememiz 5. Hukuk Dairesi'nin 2021/133-136 sayılı, 7. Hukuk Dairesi'nin 2019/4047-2021/2282 sayılı, 9. Hukuk Dairesi'nin 2020/651-2021/3374 sayılı ve 30. Hukuk Dairesi'nin 2021/2937-2891 sayılı kesin kararları ile mahkememiz 6. Hukuk Dairesi'nin 2020/1584-2021/1855 sayılı ve 8. Hukuk Dairesi'nin 2019/2770-2021/2065 sayılı kesin kararları benzer konuya ilişkin olduğu halde dava konusu edilen kıdem tazminatı hariç işçilik alacakları bakımından davalı işverenin hangi tarihte temerrüte düştüğü ve temerrüt faizini hangi tarihten itibaren işletilmesi gerektiği konusunda aralarında uyuşmazlık bulunduğu anlaşıldığından bu uyuşmazlığın kesin olarak giderilmesi için 5235 Sayılı Kanun'un 35.maddesi uyarınca Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ne başvurulmasına,

2) Uyuşmazlığın kurulumuzca benimsenen raportör daire başkanının raporunda belirttiği gerekçeler uyarınca mahkememiz 6. ve 8. Hukuk Daireleri'nin kararları doğrultusunda giderilmesinin hukuka uygun olacağını başkanlar kurulu görüşü olarak bildirilmesine" oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Başvuru Konusu Uyuşmazlığın Giderilmesi İstemine Konu Karar:

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesinin 27.01.2021 T, 2021/133 E., 2021/136 K. sayılı kararı ile; 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun "beyan ve belgelerin kullanılmaması" madde başlıklı 5. maddesi dikkate alındığında arabuluculuk görüşmeleri sırasında taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya bir iddianın kabulünün açılacak bir davada delil olarak ileri sürülemeyeceği, bu hüküm karşısında arabuluculuk sürecinde ihtilafa konu alacak hakkında tarafların görüşmesinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 117. Maddesi bağlamında alacaklının borçluyu temerrüde düşürdüğü şeklinde değerlendirilemeyeceği gerekçesi ile davacı vekilinin bu yöndeki istinaf başvurusunun esas-tan reddine, davalı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı'nın yerinde görülmeyen istinaf başvurusunun da HMK'nın 353/1-b.1 maddesi gereğince esastan reddine,

Kanunun 362/1-a maddesi gereğince kesin olmak üzere oybirliği ile karar verilmiştir.

Uyuşmazlığın Giderilmesi İstemine Konu Kararlar:

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi'nin 15.09.2021 T, 2019/4047 E., 2021/2282 K. sayılı kararı ile; Mahkemece arabuluculuk sürecinin bittiği tarihten itibaren faize hükmedilmiş ise de, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun, "beyan veya belgelerin kullanılmaması" başlıklı 5. maddesi uyarınca hukuk davası açıldığında arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgelere delil olarak dayanılamayacağı, bu kapsamda arabuluculuk belge veya görüşmelerindeki belgelere dayanılarak davalı tarafın temerrüde düşmüş kabul edilemeyeceği, dava tarihinden önce davalı temerrüde düşürülmediğinden ihbar tazminatı ile yıllık izin alacaklarına dava ve ıslah tarihlerinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken arabuluculuk sürecinin bittiği tarihten itibaren faiz yürütülmesinin hatalı olduğu gerekçesiyle davalının bu yöndeki istinaf başvurusunun kabulüne ve ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilerek, davanın kabulüne dair HMK'nın 362 1 (a) maddesi uyarınca miktar itibarıyla kesin olmak üzere hüküm kurulmuştur.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9 Hukuk Dairesi'nin 07.12.2021 T, 2020/651 E., 2021/3374 K sayılı kararı ile;

İş yargılaması yönünden dava şartı olarak düzenlenen arabuluculuğun, sistematik teknikler uygulayarak görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve kural ihtiyarı olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade ettiği (6325 sayılı Kanun md. 2/b), arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerden birinin de gizlilik olduğu, bir diğer temel ilkenin ise beyan veya belgelerin kullanılmaması ilkesi olup bu ilkenin, gizlilik ilkesini de tamamlayıcı nitelikte bir ilke olduğu, ayrıca arabuluculuk davetinin alacaklı tarafından değil arabulucu tarafından yapıldığı, arabuluculuk sürecinin tümüyle farklı ve kendine özgü bir süreç olup burada sürece taraflara daha özgür hareket etmelerini sağlamak üzere dokunulmazlık tanındığı, arabuluculuğa taraflarca hazırlama ilkesinin uygulanabildiği uyuşmazlıklar için gidilebildiği, anlaşma için hakkın sağlanmasının da şart olmadığı, bu noktada anlaşma için kesin ve belirli alacak taleplerinin ileri sürülmeyebileceği, burada açık ve belirli olan tek hususun uyuşmazlık için arabulucuya gidilmesi olduğu, bu nedenle arabuluculuk daveti ile arabuluculuk sürecinin temerrüde elverişli ihtar ile aynı nitelikte olmayıp aynı hukuki sonucu doğurmayacağı, faiz başlangıçlarının arabuluculuk aşaması temerrüt kabul edilmeyerek belirlenmesinin yerinde olduğu gerekçesi ile davacı tarafın istinaf başvurusunun esastan reddine, davalı tarafın istinaf başvurusunun da esastan reddine dair miktar itibarıyla kesin olmak üzere karar verilmiştir.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 30. Hukuk Dairesi'nin 09.11.2021 T, 2021/2937 E, 2021/2891 K. sayılı kararı ile;

Temerrüdün oluşması için açıkça bir alacak talebinin varlığının aranacağı, arabuluculuk dava şartının ise, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile getirilen bir kısım hukuki uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen bir düzenleme olduğu, Kanun'un 5. maddesine göre, taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, arabuluculuk faaliyeti esnasında taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü ile sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgelerin, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında delil olarak ileri sürülemeyeceği, arabuluculuk sürecinin tümüyle farklı bir prosedür olup arabulucuya başvurulmuş olmasının karşı tarafın temerrüde düşürülmesi şeklinde yorumlanamayacağı, kaldı ki, somut uyuşmazlığın dava tarihi itibarıyla arabuluculuğa tabi olmadığı anlaşılmakla davacı vekilinin bu yönü amaçlayan istinaf itirazının yerinde olmadığına kesin olarak karar verilmiştir.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 30.06.2021 T, 2020/1584 E., 2021/1855 K. sayılı kararı ile;

Yargıtay İş Dairelerinin ve Dairenin kendi uygulamasına göre işçinin gönderdiği ihtarname ile sadece hakları sayarak miktar belirtilmemesi halinde temerrüt oluşabileceği, işçinin ihtarnamesinde belirttiği hakları hesaplayıp ödeme yükümlülüğünün işverene ait olduğu, hesaplama ve ödeme yükümlülüğü kendisinde olan işverenin miktarları kendisi belirlemek zorunda olduğundan işçi alacaklarında miktar belirtilmesinin temerrüt açısından zorunlu olmadığı, alacak türünün belirtilmesinin yeterli kabul edilmesi gerektiği, davacının alacaklarını ismen belirleyerek işverenle karşılıklı olarak müzakere ettiği arabuluculuk son oturum tarihinin temerrüt oluşturduğunun açık olduğu, mahkemece arabuluculuk son oturum tarihinin temerrüt tarihi olarak dikkate alınmasında hata olmadığı gerekçesiyle davalı tarafın bu yöndeki istinaf başvurusunun reddine, sair yönlerden istinaf başvurusunun kabulüne karar ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilerek davanın kısmen kabulüne dair kesin olmak üzere hüküm kurulmuştur.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi'nin 23.09.2021 T, 2019/2770 E., 2021/2065 K. sayılı kararı ile;

Davacının davaya konu alacaklar yönünden arabulucuya başvurarak davalıyı temerrüde düşürdüğü, bu durumda kıdem tazminatı dışındaki alacaklara temerrüdün gerçekleştiği arabuluculuk anlaşmama son tutanak tarihi itibarıyla faiz işletilmesi gerektiği gerekçesiyle davacı tarafın bu yöndeki istinaf başvurusunun kabulüne, davalı tarafın sair yönlerden istinaf başvurusunun da kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilerek, davanın kısmen kabulü ile kıdem tazminatı dışındaki alacakların arabuluculuk son tutanak tarihinden itibaren faizi ile birlikte tahsiline kesin olmak üzere karar verilmiştir.

Gerekçe:

Başvuru konusu kesin nitelikteki bölge adliye mahkemesi kararları arasındaki uyuşmazlık, arabuluculuk son tutanak tarihinin temerrüt tarihi olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasındadır.

Borçlu temerrüdü, borçlanılan edimin borca aykırı olarak

geç ifa edilmesi olarak tanımlanabilir (F. Eren, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, 1089). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun borçlunun temerrüdüne ilişkin 117 nci maddesine göre; muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer (m.117/1). Kanunda hem borcun muaccel olması hem de borçluya ihtar yapılmış olması şartı öngörülmele birlikte, ilke olarak temerrüt ihtar ile gerçekleşir. İhtar, bir yönüyle alacaklının borçluyu borçlandığı edimi yerine getirmeye çağırmasıdır (Eren, 1093). Borcun ifa edilmesi isteğini içeren tek taraflı varması gerekli bir irade açıklaması olarak ihtar, hukuki sonuçlarını borçlunun veya yetkili temsilcisinin hukuk alanına ulaştığında doğurur.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, Kanunda temerrüde yönelik ihtarın hangi şekilde yapılacağıının düzenlenmemiş oluşudur. İhtarın, ispat yönünden yazılı olması yerinde olabilir ise de Kanunda herhangi bir şekil şartının öngörülmemiş olması karşısında alacaklının açık yahut örtülü, yazılı yahut sözlü şekilde ihtarda bulunabileceği kabul edilmelidir (Eren, 1095).

Önemli olan husus irade açıklamasının karşı tarafa ulaşmasıdır. Diğer şartları da taşıyan ihtarın borçluya ulaşması ile borçlunun temerrüdü kanun gereği kendiliğinden doğar. Alacaklının borçlu temerrüdünü isteyip istememesinin sonuca etkisi olmaz (Eren, 1095).

Bu açıklamalara göre, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk son tutanağının 'ihtar' olarak borçlu temerrüdü oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmelidir. Arabuluculuğun, mahkemelerce yürütülen yargılama faaliyetine benzer bir faaliyet olmadığı, aksine müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade ettiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda arabuluculuk faaliyetinde gizliliğin esas olduğu (6325 sy K. m. 4), uyuşmazlıkla ilgili hukuk davası açılması halinde taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü ile sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan beyan ve belgelerin delil olarak sunulamayacağı (6325 sy K. m 5) açıkça düzenlenmiştir. Şüphesiz bu yasal düzenlemeler iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk faaliyeti için de geçerlidir. Ancak arabuluculuk son tutanağının bu yasaklar kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Arabuluculuk son tutanağı, kısaca arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde sona erdiğini belgeleyen bir tutanaktır (6325 sy K. m. 17/2, 7036 sy K. m. 3/11). Arabuluculuğun dava şartı olduğu iş uyuşmazlıklarında, bu tutanağın aslının yahut arabulucu tarafından onaylanmış bir suretinin mahkemeye sunulması dava şartıdır (7036 sy. K. m.3/2). Bu bakımdan tutanağın kendisinin Kanunda ifade edilen gizlilik yasağı yahut arabuluculuk faaliyetine ilişkin

beyan veya belge sunulma yasağı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan arabuluculuk son tutanağının usul hukuku bakımından doğurduğu sonuçların dışında, maddi hukuk bakımından çeşitli sonuçlar doğurmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Arabulucuya başvurma hakkı arama başlangıcı oluşturması ve karşı tarafa yönelik bir talep doğurması sebebiyle dava açılmasına benzer şekilde sonuç doğuracağı öğretide de kabul edilmektedir (Ö. Ekmekçi/M. Özkes/M. Atalı, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk, İstanbul 2018, 162). Örneğin 7036 sayılı Kanuna göre, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanasımı durur ve hak düşürücü süre işlemez (7036 sy K. m. 3/17). Arabulucuya başvuran taraf, yargı organı dışında üçüncü bir kişi aracılığıyla uyuşmazlığın çözümünü istemekte ise de esasen başvuru formunda belirttiği bildirdiği alacaklarının muaccel olduğu, ödenmediği ve ödenmesi gerektiği iddiasındadır. Ancak bu başvuru sırasında henüz karşı taraf alacağın ödenmesine yönelik irade açıklamasından haberdar değildir. Temerrüt önünden dikkat edilmesi gereken husus ise, karşı tarafın arabuluculuk başvurusundan haberdar olmasıdır (Ö. Ekmekçi/M. Özkes/M. Atalı. 163). Bu itibarla arabuluculuk son tutanağının, arabulucuya başvuran tarafın arabuluculuk başvurusundan haberdar olan diğer tarafa karşı yönelttiği 'alacaklarının ödenmesi talebini içeren kesin bir irade açıklamasını' içerdiği kabul edilmelidir. Borçlu temerrüdünde önemli olan alacaklının borçluya yaptığı ihtarın şekli değil, borcun ödenmesi isteğinin kesin ve açık biçimde ortaya konularak borçluya ulaştırılmasıdır. Dairemiz uygulamasında, işçinin işverene yönelttiği ihtarda muaccel alacaklarını tek tek belirtmek kaydıyla işvereni temerrüde düşürebileceği, alacak miktarlarını ayrı ayrı belirtilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmektedir. Aynı husus arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen arabuluculuk son tutanağı yönünden de geçerlidir. Dava dilekçesinin talep sonucu kısmında bildirilen alacakların dava tarihinden önce arabuluculuk faaliyeti sırasında karşı taraftan talep edilmesi halinde, davalı tarafın arabuluculuk başvurusuna konu edilen alacaklar yönünden son tutanak tarihi itibarıyla temerrüde düştüğü ve talep edilen (kıdem tazminatı dışındaki) alacaklara bu tarihten itibaren faiz uygulanabileceği kabul edilmelidir. Bu sonuç davalı işverenin usulüne uygun davet edilmesine rağmen arabuluculuk görüşmelerine katılmadığı durumlarda da geçerlidir. Dairemizin yerleşik kararları bu doğrultudadır (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.02.2022 T, 2022/714 E, 2022/2010K; 24.02.2022 T, 2022/1527 E, 2022/2328 K; 24.02.2022 T, 2022/1417 E, 2022/1421 K; 10.02.2022 T, 2022/799 E, 2022/1563 K; 31.03.2022 T, 2022/3560 E., 2022/4257 K; 23.03.2022 T, 2022/3190 E, 2022/3984 K sayılı kararları). Açıklanan bu ilke ve esaslara göre başvuru konusu bölge adliye mahkemesi kararları değerlendirildiğinde, uyuşmazlığın Dairemiz uygulamasına uygun olan Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 30.06.2021 T, 2020/1584 E., 2021/1855 K. sayılı kararı ile Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi'nin 23.09.2021 T, 2019/2770 E., 2021/2065 K. sayılı kararları doğrultusunda giderilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Sonuç:

1. Başvuru konusu uyuşmazlığın "arabuluculuk faaliyeti sonunda arabuluculuk son tutanağının düzenlendiği tarih itibarıyla temerrüdün gerçekleştiği, arabulucuya başvuran tarafça açılacak dava sonucunda hüküm altına alınan (kıdem tazminatı dışındaki) alacaklara arabuluculuk son tutanak tarihinden itibaren faiz uygulanabileceği" yönündeki Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 30.06.2021 T, 2020/1584 E., 2021/1855 K. sayılı kararı ile Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesinin 23.09.2021 T, 2019/2770 E., 2021/2065 K. sayılı kararları doğrultusunda giderilmesine,

2. Bölge Adliye Mahkemeleri'nin, 4857 sayılı İş Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıkları incelemekle görevli ilgili hukuk dairelerine bildirilmesi için karardan bir suretin Hakimler ve Savcılar Kurulu Genel Sekreterliği'ne gönderilmesine, 21/03/2022 günü oybirliğiyle kesin olarak karar verildi.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No.: 2021/6394

Karar No.: 2021/10519

Tarihi: 21.06.2021

İlgili Mevzuat:

4857 sayılı İş Kanunu m.25/2

Karar Özeti:

Davacı işçinin zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmek için işyerinden ayrılmak zorunda kalması üzerine davacı işçinin işe başlama esnasında "askerlik görevimi yaptım" şeklindeki yanıltıcı beyanının ortaya çıkmaması için gerçek olmadığı anlaşılan sefer görev emri ibraz ederek zorunlu askerlik hizmetine gideceği halde sefer görev emri ile gideceği şeklinde yanıltıcı beyanda bulunup gerçeğe aykırı belge verdiği, davacı işçinin iş akdinin bu durumun ortaya çıkması üzerine açıklanan eylemleri nedeniyle feshedildiği dosyadaki bilgi ve belgelerle sabittir.

Yargıtay Kararı:

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizen incelenmesi taraf vekillerince istenilmekle, temyiz taleplerinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının askerlik görevini ifa etmek ve askerlik bitiminde tekrar işe başlamak üzere davalı işyeri yetkilisiyle görüşerek mutabık kaldıklarını, bu suretle davacının işten ayrıldığını, davalı şirkete verdiği 12.12.2008 tarihli dilekçeyle 14.12.2008 tarihinde askere gideceğini, gideceği birliği ve ekinde yedek subay sınıflandırma sonuç belgesini sunduğunu, davalı işveren tarafından keşide edilen 19.12.2008 tarihli fesih bildirimi ve fesih gerekçelerinin haksız olduğunu, fesih ihtarnamesi ekinde sunulan ek sefer görev emri başlıklı belgenin davacı ile ilgisi olmadığını ve ilk kez davalı işveren tarafından keşide edilen ihtarname

ekinde gönderildiğinde gördüğünü beyanla kıdem ve ihbar tazminatıyla bir kısım işçilik alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, müvekkili kurumun işe alım şartlarından birinin erkek çalışanlar için askerlik görevini ifa edilmiş olması gerektiğini, davacının işe alım sürecinde askerlik görevini ifa ettiğine dair belge istenmesine karşın sunulmadığını ancak beyanına güvenerek işe alındığını, davacının ek sefer görev emrine çağrıldığını belirterek işten ayrıldığını, akabinde yapılan araştırma sonucunda davacının askerlik görevini ifa etmediğinin ve ek seferberlik emrine ilişkin olarak verdiği belgenin gerçek olmadığını anlaşıldığını, davacının bu şekilde davalı işvereni yanılttığını bu nedenle davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini beyanla davanın reddini talep etmiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının askerlik görevi nedeniyle fiilen feshinin daha önce tarihli olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne dair verilen karar, Dairemizin 10.12.2014 tarihli ilamıyla bozulmuştur. Bozma ilamına uyma kararı verilerek devam edilen yargılama neticesinde, yazılı gerekçeyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Karar, davalı vekilince ve katılma yolu ile davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Gerekçe:

1. Dosyadaki yazılara, delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2. Davacı işçinin davalı işyerinde işe başlarken yaptığı iş görüşmesi esnasında askerlik görevini ifa ettiğini, belgesinde daha sonra temin ederek işyerine sunabileceğini beyan ettiği, davalı işvereninde davacının askerlik görevini ifa ettiğini düşündüğü ve davacı işçiyi bu şekilde işe aldığı, bir müddet çalışmadan sonra daha fazla erteleme imkanı bulamayan davacı işçinin zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmek için işyerinden ayrılmak zorunda kalması üzerine davacı işçinin işe başlama esnasında "askerlik görevimi yaptım" şeklindeki yanıltıcı beyanının ortaya çıkmaması için gerçek olmadığı anlaşılan sefer görev emri ibraz ederek zorunlu askerlik hizmetine gideceği halde sefer görev emri ile gideceği şeklinde yanıltıcı beyanda bulunup gerçeğe aykırı belge verdiği, davacı işçinin iş akdinin bu durumun ortaya çıkması üzerine açıklanan eylemleri nedeniyle feshedildiği dosyadaki bilgi ve belgelerle sabittir. Davacı işçinin yukarıda izah edilen fiilin doğruluk ve bağlılık kuralının ihlali niteliğinde olduğu ve davalı işverenin fesihle haklı olduğu gözetilerek davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 21.06.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.