

BELİRSİZ ALACAK DAVASININ DAVA ŞARTI YOKLUĞUNDAN REDDEDİLMESİ NEDENİYLE AÇILAN DAVADA MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKININ İHLALİ

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

İSMAİL AVCI BAŞVURUSU

Başvuru Numarası: 2019/12190

Resmi Gazete Tarihi ve Sayısı: 20/4/2022-31815

Karar Tarihi: 22/2/2022

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; işçilik alacağının ödenmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının, bu amaçla açılan davanın dava şartı yokluğundan reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle de makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 5/4/2019 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu 1959 doğumlu olup İzmir’de ikamet etmektedir. 7/10/1987 tarihinde Ödemiş Belediyesinde (Belediye) işçi olarak çalışmaya başlayan başvurucu 13/4/2010 tarihinde emekli olup işten ayrılmıştır.

9. Başvurucunun çalıştığı dönemde başlayan 1/3/2009-28/2/2012 tarihleri arasındaki toplu iş sözleşmesi süreci sendikaların yetki sorunu nedeniyle ancak başvurucunun işten ayrılmasından sonra -4/6/2012 tarihinde tamamlanabilmiştir. Toplu iş sözleşmesi başvurucunun üyesi bulunduğu sendikayla akdedilmiştir. Üç yıllığına imzalanan toplu iş sözleşmesinde taban ücretin birinci yılda brüt 56 TL, ikinci yılda ise brüt 65 TL olması öngörülmüş; başvurucunun pozisyonunda çalışan işçiler için günlük 0,15 TL kıdem zammı, her iki yıl için ayrı ayrı olmak üzere 160 TL sorumluluk zammı yapılması düzenlenmiştir.

10. Belediye, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan fark için 16/11/2013 tarihinde başvurucuya 1.046,06 TL ödeme yapmıştır.

11. İş müfettişi tarafından düzenlenen ancak tarihi dosyadan anlaşılmayan raporda, başvurucunun da aralarında bulunduğu 137 işçinin toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacağının eksik ödendiği tespiti yapılmıştır. İş müfettişi raporunda, başvurucuya ödenmesi gereken tutar 7.585,68 TL olarak saptanmıştır.

12. Başvurucu, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret ve ikramiye alacaklarından eksik kalan 6.539,68 TL’nin ödenmesi istemiyle 5/3/2014 tarihinde Ödemiş 1. Asliye Hukuk (İş) Mahkemesinde (Asliye Hukuk Mahkemesi) Belediye aleyhine dava açmıştır. Dava dilekçesinde, eksik ödeme yapıldığının iş müfettişi raporuyla saptandığı ve önceden ödenen tutar düşüldükten sonra kalan kısmın ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Dava dilekçesinin dava değeri bölümünde “Davanın belirsiz alacak davası kabulü ile ve bilirkişi incelemesi sonucunda fazlaya çıkacak miktarlar yönünden talep ve dava hakkımız saklı kalmak kaydıyla; Toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret ve ikramiye farkları nedeniyle 6.539,68 TL” açıklaması

yer almıştır. Dava dilekçesinin sonuç bölümünde de benzer ifadeler bulunmaktadır.

13. Asliye Hukuk Mahkemesi bilirkişi incelemesi yaptırmıştır. İki kişilik bilirkişi heyeti tarafından hazırlanan 21/4/2015 tarihli raporda başvurucunun toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacağı, brüt 11.745,23 TL olarak hesaplanmıştır. İki kişilik başka bir bilirkişi heyeti tarafından düzenlenen 10/9/2015 tarihli raporda ise başvurucunun alacağı 7.379,37 TL olarak belirlenmiştir. Asliye Hukuk Mahkemesi üçüncü kez bilirkişi incelemesi yaptırmış, bir akademisyen tarafından düzenlenen 18/12/2015 tarihli bilirkişi raporunda başvurucunun alması gereken fark 10.265,35 TL olarak tespit edilmiştir.

14. Başvurucu 13/10/2015 tarihinde davasını ıslah ederek tazminat talebini 11.745,23 TL'ye yükseltmiştir.

15. Asliye Hukuk Mahkemesi 19/1/2016 tarihinde davayı kısmen kabul etmiş, üçüncü bilirkişi raporundaki tutar olan 10.265,35 TL'den idarece daha önce ödenen 1.463,23 TL düşüldükten sonra kalan 8.827,97 TL'nin faiziyle birlikte başvurucuya ödenmesine karar vermiştir.

16. Belediye bu karara karşı temyiz yoluna başvurmuştur. Temyiz dilekçesinde bilirkişi raporunun hatalı olduğu ve ıslah dilekçesinin zamanaşımı süresinden sonra verildiği ileri sürülmüştür. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi (Daire) 12/2/2018 tarihinde temyiz istemini kabul etmiş ve Asliye Hukuk Mahkemesi kararını bozmuştur. Kararın gerekçesinde özetle şunlar belirtilmiştir:

i. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davası miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacakla ilgili olarak hak arama durumundaki kişinin hukuk sisteminde karşılaştığı güçlüklerin bertaraf edilmesi amacıyla ihdas edilmiştir. Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için uyumsuzluğa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesi gerekir. Alacağın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması durumunda belirsiz alacak davası açılmaz.

ii. 6100 sayılı Kanun'un 107. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ya da değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacının iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirttiği talebini artırabileceği hüküm altına alınmıştır. Belirsiz alacak davasının açılabilmesi için alacağın miktar veya değerinin davacının elindeki belgelerle belirlenebilir olmaması ve alacağın miktarının belirlenmesinin ancak karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin sunulmasıyla mümkün hâle gelmesi gerekir.

iii. Taraflar arasında alacak miktarı bakımından uyuşmazlık bulunması talep sonucunun belirlenemez olduğu anlamına gelmez. Önemli olan, talep sonucunun objektif olarak belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olmasıdır. Sadece alacak miktarında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmasının ya da miktarın tartışmalı olmasının belirsiz alacak davası açılması için yeterli sayılması hâlinde neredeyse tüm davaların belirsiz alacak davası olarak kabulü gerekir ki bu da kanunun amacına aykırıdır.

iv. Davacının talep ettiği alacağı belirlemesinin objektif olarak mümkün olduğu ancak alacağının ispat edemediği hâllerde belirsiz alacak davası açılacağından söz edilemez. Çünkü bir alacağın belirlenmesi ile onun ispatı ayrı şeylerdir. Aksinin kabulü durumunda her ispat güclüğü olan alacak belirsiz alacağa dönüştürülmüş olur.

v. Alacağın miktarının belirlenebilmesinin tahkikat aşamasında delillerin incelenmesi, bilirkişi incelemesi veya keşif gibi sair işlemlerin yapılmasına bağlı olduğu durumlarda belirsiz alacak davası açılabileceği kabul edilmelidir. Ne var ki bir davada bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir. Alacak miktarı belirlenebiliyorsa bilirkişiye gidilmiş olması davayı belirsiz alacak davası hâline getirmez.

vi. 6100 sayılı Kanun belirsiz alacak davası açma imkânı getirerek kısmi dava açma olanağını sınırlandırmış ise de tamamen kaldırılmamıştır. Belirlenebilir alacaklar için belirsiz alacak davası açılmasa da şartları oluştuğunda ve hukuki yarar bulunduğu kısmi dava açılması mümkündür.

vii. Şartları bulunmadığı hâlde dava dilekçesinde, davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığının belirtildiği durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir. Çünkü alacağın belirlenebilmesi mümkün iken böyle bir davanın açılmasına 6100 sayılı Kanun izin vermemiştir. Açılmaması gerektiği hâlde belirsiz alacak davası açılmış olduğundan ve bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Buradaki hukuki yarar, sonradan tamamlanacak nitelikte bir hukuki yarar değildir. Aksinin kabulü, aslında açık olan talep sonucunun süre verilerek davacı tarafından değiştirilmesi ve bulunmayan hukuki yararın sağlanması için davacıya ek imkân tanınması anlamına gelecektir. Böyle bir durum taraflar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır.

viii. Somut olayda davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı şüphesizdir. Uyuşmazlık konusu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar bakımından davacının sendikaya üye olduğu ve toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği tarihi, çalışma süresini, en son ödenen ücreti, toplu iş sözleşmesi gereği alması gerektiğini iddia ettiği aylık ücret miktarını, ödemesi gereken alacakları işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi hükümleri gereğince belirleyebilecek durumdadır. Bu hâlde toplu iş sözleşmesinden kaynaklı talep konusu alacaklar belirsiz alacak değildir. Dava konusu edilen alacağın gerçekte belirlenebilir alacak olması ve belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği anlaşılacakla hukuki yarar yokluğundan davanın usulden reddi gerekir.

17. Asliye Hukuk Mahkemesi 30/11/2018 tarihinde bozma kararına uyarak ve bozma kararındaki gerekçeyi benimseyerek hukuki yarar yokluğundan davayı usulden reddetmiştir.

18. Başvurucu bu karara karşı temyiz yoluna başvurmuştur. Temyiz dilekçesinde başvurucu, işçinin alacağını belirleyebilmesi için işveren tarafından düzenlenen ve yapılan ödemeleri gösteren belgenin işçiye verilmiş olması gerektiğini ifade etmiş; buna ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28/2/2018 tarihli ve E.2015/22-315, K.2018/330 sayılı kararına atıfta bulunmuştur. Başvurucu; işverenin kendisine yazılı belge vermediğini, bu sebeple alacağını hesaplayamadığını, bunun ancak bilirkişi

incelemesiyle anlaşılabileceğini ileri sürmüştür. Daire 21/2/2019 tarihinde Asliye Hukuk Mahkemesi kararını onamıştır.

19. Bu karar 20/3/2019 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu 5/4/2019 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

20. 6100 sayılı Kanun'un «Hâkimin davayı aydınlatma ödevi» kenar başlıklı 31. maddesi şöyledir:

“(1) Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.”

21. 6100 sayılı Kanun'un «Eda davası» kenar başlıklı 105. maddesi şöyledir:

“(1) Eda davası yoluyla mahkemeden, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir.”

22. 6100 sayılı Kanun'un «Tespit davası» kenar başlıklı 106. maddesi şöyledir:

“(1) Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir.

(2) Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır.

(3) Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturmaz.»

23. 6100 sayılı Kanun'un «Belirsiz alacak ve tespit davası» kenar başlıklı 107. maddesinin ilk hâli şöyledir:

“(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.»

24. 6100 sayılı Kanun'un 107. maddesinin gerekçesi şöyledir:

“Hak arama durumunda olan kişi, talepte bulunacağı hukukî ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgarî olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilir. Özellikle, zararın baştan belirlenemediği, ancak bir incelemeden sonra tam olarak tespiti mümkün olan tazminat taleplerinde böyle bir durumla karşılaşılabilmesi söz konusudur. Hukuk sistemimiz içinde, böyle bir durumla karşılaşan kişinin hak araması bakımından birçok güçlük söz konusudur. Öncelikle kendisinden aslında tam olarak bilmediği bir alacak için dava açması istenmekte, ayrıca, daha sonra kendi talebinden daha fazla bir miktar alacağının olduğu ortaya çıktığında da bunu davayı genişletme yasağı çerçevesinde ileri sürmesi mümkün olabilmekteydi. Böyle bir durumda, gerçekten bilinmeyen bir alacak için dava açmaya zorlamak gibi, hak aramanın özünüyle izah edilemeyecek bir yol ve aslında tarafın kendi ihmali ya da kusuru olmadığı hâlde bir yasakla karşılaşması gibi de bir engel söz konusuydu. Oysa hak arama özgürlüğü, böyle bir sınırlamayı ve gerçek dışı davranmaya zorlamayı değil, gerçekten hakkı ihlâl edilen veya ihlâl tehlikesi altında olan kişiyi, mümkün olduğunca geniş şekilde korumayı amaçlamalıdır. Son dönemde, gerek mukayeseli hukukta gerekse Türk hukukunda artık salt hukukî korumanın ötesine geçilerek ‘etkin hukukî koruma’nın gündeme gelmiş olması da bunu gerektirir. Kaldı ki, miktar ya da değeri belirsiz bir alacak için dava açılması gerektiğinde birtakım sınırlamalar getirmek, dava içinde yeni taleplere veya o davanın dışında yeni davalara yol açarak, usûl ekonomisine aykırı bir durum da meydana getirecektir. Ayrıca, miktarı veya değeri bilinmeyen bir alacak için klasik kısmî davanın da tam bir çözüm üretmediği gerçektir.

Belirsiz alacak ve tespit davalarına ilişkin hükümlerin mukayeseli hukukta da yer aldığı dikkate alınarak, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklının, hukukî ilişki ile asgarî bir miktar ya da değer belirterek belirsiz alacak davası açabilmesi kabul edilmiştir. Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır.

Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılmaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğu söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez. Belirsiz alacak davası veya tespit davası açılması hâlinde, alacaklı, tüm miktarı belirtmese dahi, davanın başında hukukî ilişkiyi somut olarak belirtmek ve tespit edebildiği ölçüde de asgarî miktarı göstermek durumundadır.

Maddenin ikinci fıkrasında, belirsiz alacak veya tespit davası açılabilen durumlarda, miktar ya da değer tespit edildiği anda, alacaklının iddianın genişletilmesi yasağından etkilenmeksizin talebini artırabileceği belirtilmiştir. Kural olarak, bir davada başlangıçta belirtilen miktar veya değer artırılması, iddianın genişletilmesi yasağına tâbidir. Bunun amacı, davacının dava açarken hakkını kötüye kullanmaması, daha özenli davranması, yargılamayı gereksiz yere uzatmamasıdır. Oysa, baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacak için, davacının böyle bir ihmal ya da kusurundan söz edilemez. Bu sebeple, belirsiz alacak veya tespit davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hâle gelmişse, davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilmesi benimsenmiştir. Davacı, sınırlama ve yasağına tâbi olmadan, sadece talepte bulunmak suretiyle yeni miktar üzerinden yargılamaya devam edilmesini isteyebilecektir. Şüphesiz, alacağın belirli hâle gelmesini

müteakip ortaya çıkan yeni talep eksik belirtilmişse, bundan sonra yeni bir artırma isteği iddianın genişletilmesi yasağıyla karşılaşacaktır. Çünkü, bu hâlde belirsizlik değil, davacının kendi ihmalden kaynaklanan bir durum söz konusudur.

'Edâ davasının açılabilirdiği hallerde tespit davası açılmaz' yollu önermenin hak arama özgürlüğüünün ulaştığı kapasite ve hukuki yarar koşulunun muhtevası karşısında geçerliyi yoktur. Miktarı belirsiz alacaklarda zamanaşımının dolmasına çok kısa sürenin varolduğu hallerde yalnızca tespit yahut kısmi edâ ile birlikte tespit davasının açılabilirdiği genel olarak kabul edilmektedir.

Davacı, söz gelimi bir tazminatın tahsili yerine alacağın miktarının ve borçlunun sorumlu olduğunun tespitini hedefleyen bir dava açabilir, açabil-melidir. Bu dava, zamanaşımını kesecek, davada istihsal olunan ilam genel haciz yoluyla takibe konabilecek, itiraz halinde borçlunun göze alamaya-bileceği icra-inkar tazminatı yaptırımı devreye girebilecektir. Öte yandan tespit davası, dava ekonomisi yönünden edâ davasına nazaran taraflar için daha avantajlıdır. Tespit davasının taraf barışını kolaylaştıran bir karakteri de vardır.

Alacaklı, yalnızca edâ davası veya yalnızca tespit davası yahut kısmi edâ ile birlikte külli tespit davası açabilme seçeneklerine sahiptir. Hak arama özgürlüğüünün (Any.m.36, İHAS.m.6) özünde varolan bu seçenekler, yasa veya içtihat yoluyla yasaklanamaz. Model, belirtilen seçenekleri alacaklıya usülî bir hak olarak tanımaktadır.

Esasen tam veya kısmi olmasına bakılmaksızın her edâ davasının temelinde bir külli tespit unsuru vardır. Başka deyimle edâ hükmünde tertip olunan her durumun arkasında sorumluluk saptanmasını içeren bir zorunlu ön tespit kabulü mevcuttur.

Tasarıda öngörülen modelde, tespit davasının hukuki ilişkilerin tespiti yanında hakkın tespitinin de istenebilmesi, edâ davasının açılabilirdiği hal-lerde hukuki menfaat koşulunun gerçekleşmiş sayılması kabulü çözümünü (paradigmayı) güçlendirmektedir.

Bir davanın açılması ile doğacak olan maddi ve şekli hukuk sonuçlarının (zaman aşımının kesilmesi ve diğerleri) tespit davalarında aynen geçerli olacağı kuşkusuzdur.

Önerge ile varolması gereken bir usulî imkân hukukumuzda kazandırılmış olacaktır.»

25. 22/7/2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle 6100 sayılı Kanun'un 107. maddesinin kenar başlığı "Belirsiz alacak davası" şeklinde değiştirilmiş, ayrıca ikinci fıkrası değiştirilmiş ve üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. 6100 sayılı Kanun'un 107. maddesinin 7251 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle değişik hâli şöyledir:

"(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) (Değişik:22/7/2020-7251/7 md.) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini tam ve kesin olarak belirleyebilir. Aksi takdirde dava, talep sonucunda belirtilen miktar veya değer üzerinden görülüp karara bağlanır.

(3) (Mülga:22/7/2020-7251/7 md.)»

26. 6100 sayılı Kanun'un «Kısmi dava» kenar başlıklı 109. maddesi şöyledir:

"(1) Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir.

(2) (Mülga: 1/4/2015-6644/4 md.)

(3) Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez. «

27. 6100 sayılı Kanun'un «Dava şartları» kenar başlıklı 114. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Dava şartları şunlardır:

...

h) Davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması.

...”

28. 6100 sayılı Kanun’un «Dava şartlarının incelenmesi» kenar başlıklı 115. maddesi şöyledir:

“(1) Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler.

(2) Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder.

(3) Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez.»

29. 6100 sayılı Kanun’un «Dava dilekçesinin içeriği» kenar başlıklı 119. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Dava dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur:

...

ğ) Açık bir şekilde talep sonucu.

...

(2) Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır. «

30. 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun «Davanın reddinde ek süre» kenar başlıklı 158. maddesi şöyledir:

“Dava veya def’i; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre

dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir. “

31. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17/11/2020 tarihli ve E.2019/17-853, K.2020/907 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“ ...

23. *Alacağın yalnızca bir bölümü için açılan davaya kısmi dava denir. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden doğmuş olması ve alacağın şimdilik belirli bir kesiminin dava edilmesi gerekir. Diğer bir söyleyişle, bir alacak hakkında daha fazla bir miktar için tam dava açma imkânı bulunmasına rağmen, alacağın bir kesimi için açılan davaya, kısmi dava denir. Kısmi dava açılabilmesi için talep konusunun bölünebilir olması gerekli olup, açılan davanın kısmi dava olduğunun dava dilekçesinde açıkça yazılması gerekmez. Dava dilekçesindeki açıklamalardan davacının alacağının daha fazla olduğu anlaşılıyor ve istem bölümünde ‘fazlaya ilişkin haklarını saklı tutması’ ya da ‘alacağın şimdilik şu kadarını dava ediyorum’ şeklinde bir ifadeye yer verilmiş ise, bu husus, davanın kısmi dava olarak kabulü için yeterli sayılmaktadır ...*

...

26. *Dava şartları ise, mahkemenin davanın esası hakkında yargılama yapabilmesi için gerekli olan unsurlardır. Diğer bir anlatımla, dava şartları dava açılabilmesi için değil, mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır. Mahkeme, hem davanın açıldığı tarihte hem de yargılamanın her aşamasında dava şartlarının bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırıp inceler ve bu konuda tarafların istem ve beyanları ile bağlı değildir. Dava şartlarının davanın açıldığı tarih itibarıyla bulunmaması ya da bu şartlardan birinin yargılama aşamasında ortadan kalktığı öğrenilmesi durumunda mahkemece mesmu (dinlenebilir) olmadığı gerekçesiyle davanın reddedilmesi gerekir.*

...

28. *HMK’nın 115. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise ‘Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı*

dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder'. Bu düzenleme gereğince, eksik olan bir dava şartı, belirli bir süre verilerek giderilebilecek ise, hâkim tarafından eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmesi gerekir. Bu süre içinde dava şartı eksikliği tamamlanmaz ise dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmelidir. 115. maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, 'Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez'.

29. Dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar HMK'nın 119. maddesinde düzenlenmiştir...

30. Öte yandan 119. maddenin 2. fıkrası uyarınca 'Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır'. Şu hâlde mahkemenin adı, dava konusu ve değeri, vakıalar, deliller ve hukuki sebepler dışında kalan unsurlardan herhangi birinin eksik bırakılmış, yazılmamış olması durumunda, hâkim tarafından verilen bir haftalık kesin süre içerisinde eksikliğin tamamlanmadığı takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir.

31. Medeni usul hukukunda hukuki yarar, mahkemede bir davanın açılabilmesi için, davacının bu davayı açmakta ve mahkemeden hukuksal korunma istemekte bir çıkarının bulunması gerektiğine ilişkin ilke anlamına gelir. Davacının davayı açtığı tarih itibarıyla dava açmakta hukuk kuralları tarafından haklı bulunan (korunan) bir yararı olmalı, hakkını elde edebilmesi için mahkeme kararına ihtiyacı bulunmalıdır. ...

35. 6100 sayılı HMK'nın 'Hâkimin davayı aydınlatma görevi' başlıklı 31. maddesine göre, 'Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu olduğu durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.'

36. ... Görüldüğü üzere, hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin 31. maddede, hâkimin, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durum-

larda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz ya da çelişkili gördüğü konular hakkında taraflara açıklama yaptırabileceği, soru sorabileceği, kanıt gösterilmesini isteyebileceği belirtilmiştir. Öte yandan HMK'nın 33. maddesi uyarınca hâkim Türk hukukunu resen uygular. Bu nedenledir ki, dava dilekçesinde davacının talebini dayandırdığı vakıalara uygun hukuki sebepleri dava dilekçesinin zorunlu unsurları arasında sayılmamıştır. Zira davacının dayandığı vakıalara uygun hukuki sebepleri hâkim kendiliğinden bulup uygulamakla yükümlüdür.

39.... Bir davanın hangi dava çeşidini oluşturduğu davacının talep sonucunun hangi dava türü tanımına uyduğuna göre belirlenebilir. Davacı dava dilekçesinde dava türünü inşai dava olarak yazsa bile bir miktar alacağın tahsili talebinde bulunmuş ise bu eda davası olup hâkim bu kapsamda karar vermek zorundadır. Bu nedenle eda davası açılması gerekirken inşai dava açılmasında hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilemez. Hukuki yararı belirleyen davacının gösterdiği dava türü değil, karar verilmesi istenen talep sonucudur. Nasıl ki dava dilekçesinde hiç gösterilmemiş veya yanlış gösterilmiş olsa bile HMK'nın 33. maddesi kapsamında doğru hukuki sebebi bulmak ve uygulamak hâkimin görevi ise HMK'nın 32. maddesi çerçevesinde yargılamayı sevk ve idare ile dava türü tanımlarına ve talep sonucuna göre dava türünü doğru belirleyip buna göre yargılamayı sürdürüp davayı sonuçlandırmak da hâkimin görevidir. Bu konuda hâkim, davacının dilekçesinde yaptığı isimlendirmeye bağlı olmaksızın açılan davanın, eda davası, tespit davası, belirsiz alacak ve tespit davası, inşai dava, kısmi dava, terditli dava, seçimlik dava ve topluluk davası çeşitlerinden hangisi olduğunu belirleyerek yargılamayı sürdürüp davayı sonuçlandıracaktır.

40. Bir davadaki talep sonucu bazı kısımları itibarıyla birden fazla dava türü tanımıyla ilgili, çakışan yani benzer unsurlar içeriyor olabilir. Bu gibi durumlarda hâkim davayı aydınlatma ödevi kapsamında davacıdan açıklama isteyerek doğru dava türünü belirleyebilecektir. Tüm bu nedenlerle davacı dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olduğundan söz etmiş olsa bile belirsiz alacak davası unsurları bulunmuyorsa bu davanın açılmasında hukuki yarar olmadığından söz edilemeyecek alacağın istenmesinde hukuki yarar olduğundan mevcut unsurları itibarıyla kısmi dava

açılmış olduğu kabul edilerek davacının talep sonucu hakkında karar verilebilecektir.

41. Yukarıdaki açıklamalar ışığında alacak belirli olmasına rağmen belirsiz alacak davasına konu edilmesi durumunda ne yapılması gerektiği konusuna dönecek olursak; şartları bulunmamasına başka bir anlatımla talep edilecek alacak miktarının davanın açıldığı anda tam ve kesin bir biçimde belirlenmesinin mümkün olmasına rağmen belirsiz alacak davası şeklinde açılan dava, hukuki yarar, yani dava şartı yokluğu nedeni ile usulden hemen reddedilmemelidir. Zira bir miktar belirtilmek sureti ile açılan belirsiz alacak davası da alacak ister belirli ister belirsiz olsun bir eda davasıdır ve eda davalarında hukuki yarar var kabul edilir. Öte yandan davacının dava açmaktan başka bir yolla alacağına kavuşması mümkün olmayıp bir mahkeme kararına muhtaç ise dava açmakta hukuki yararının bulunduğu tartışmasızdır. Başka bir anlatımla alacağın belirli veya belirsiz olması başlangıçta var olan hukuki yararı ortadan kaldırmaz.

42. Bu durumda dava dilekçesinde talep edilen asgari tutar somut olayın özelliklerine göre talep edilebilecek alacak tutarı konumunda olup kısmi davanın koşulları yoksa davacının tam eda davası açtığı kabul edilmelidir. Ancak dava dilekçesinde talep edilen asgari tutar somut olayın özelliklerine göre talep edilebilecek toplam alacak miktarı kadar değilse ve kısmî davanın koşulları da bulunmuyorsa, bu durumda mahkemeye alacak miktarını netleştirmesi ve bildireceği dava değerine göre eksik harcı tamamlaması için davacıya HMK'nın 119. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bir haftalık kesin süre verilmeli ve verilen kesin süre içinde belirtilen eksikliğin tamamlanması hâlinde davaya tam eda davası olarak devam edilmeli, aksi durumda ise davanın usulden reddine karar verilmelidir.

...”

V. İNCELEME VE GEREKÇE

32. Anayasa Mahkemesinin 22/2/2022 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adil Yargılanma Hakkına Yönelik İhlal İddiaları

1. Mahkemeye Erişim Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları

33. Başvurucu, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarının ödenmesi için hem belirsiz alacak davası hem de kısmi dava şeklinde açtığı davanın sadece belirsiz alacak davası olarak kabulüyle usulden reddedilmesinin hatalı olduğunu belirtmiştir. Başvurucu ayrıca ücret ve ek ücrete ilişkin kayıt ve belgelerin kendisine verilmemesi sebebiyle alacağını tam olarak hesaplamasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Alacağının bir kısmının ödenmediğini iş müfettişi raporuyla anladığını vurgulayan başvurucu, Mahkemenin bile üç kez bilirkişi raporu aldıktan sonra gerçek tutarı tespit edebildiğine işaret etmiştir. Başvurucu, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ile 9. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu arasında belirsiz alacak davası konusunda görüş ayrılığı bulunduğunu ve bu görüş ayrılığından dolayı davanın usulden reddedilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir. Başvurucu son olarak 22. Hukuk Dairesinin katı yorumu nedeniyle yeniden dava açma imkânının da ortadan kalktığını savunarak mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

b. Değerlendirme

34. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı merci-leri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

35. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun temel şikâyeti toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacağının ödenmesi istemiyle açtığı davanın esası incelenmeksizin usulden reddedilmesine yöneliktir. Bu şikâyetin adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

i. Kabul Edilebilirlik Yönünden

36. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Esas Yönünden

(1) Hakkın Kapsamı ve Müdahalenin Varlığı

37. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsurudur. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine "adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (Sözleşme) yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının mahkemeye erişim hakkını içerdiğini belirtmektedir (Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2014/13156, 20/4/2017, § 34).

38. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Bu bakımdan davanın bir mahkeme tarafından görülebilmesi ve kişinin adil yargılanma hakkı kapsamına giren güvencelerden faydalanabilmesi için ilk olarak kişiye iddialarını ortaya koyma imkânının tanınması gerekir. Diğer bir ifadeyle dava yoksa adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden yararlanmak mümkün olmaz (Mohammed Aynosah, B. No: 2013/8896, 23/2/2016, § 33).

39. Mahkemeye erişim hakkı bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir (Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

40. Başvurucunun toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacağıının ödenmesi istemiyle açtığı davanın koşulları oluşmadan belirsiz alacak davası olarak açıldığı gerekçesiyle esası incelenmeksizin dava şartı yokluğundan reddedilmesi mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil etmektedir.

(2) Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

41. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

42. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmedeği müddetçe Anayasa'nın 36. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anılan madde uyarınca temel hak ve özgürlükler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.

(a) Kanunilik

43. Hak ve özgürlüklerin, bunlara yapılacak müdahalelerin ve sınırlandırmaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfi müdahaleyi engelleyen, hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir (Tahsin Erdoğan, B. No: 2012/1246, 6/2/2014, § 60).

44. Müdahalenin kanuna dayalı olması öncelikle şeklî manada bir kanunun varlığını zorunlu kılar. Şeklî manada kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından Anayasa'da belirtilen usule uygun olarak kanun adı altında çıkarılan düzenleyici yasama işlemidir. Hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi ancak yasama organınca kanun adı altında çıkarılan düzenleyici işlemlerde müdahaleye imkân tanıyan bir hükmün bulunması şartına bağlıdır. TBMM tarafından çıkarılan şeklî anlamda bir kanun hükmünün bulunmaması hakka yapılan müdahaleyi anayasal temelden yoksun bırakır (Ali Hıdır Akyol ve diğerleri [GK], B. No: 2015/17510, 18/10/2017, § 56).

45. Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebileceği kadar hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir (Necmiye Çiftçi ve diğerleri, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55). Müdahalenin kanuna dayalı olması, iç hukukta müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir ve öngörülebilir kuralların bulunmasını gerektirmektedir (Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44).

46. Somut olayda başvurusunun açtığı dava, dava şartı yokluğundan reddedilmiştir. 6100 sayılı Kanun'un 114. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (h) bendinde davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Öte yandan aynı Kanun'un 115. maddesinin (2) numaralı fıkrasında mahkemenin dava şartı noksanlığını tespit etmesi hâlinde davanın usulden reddine karar vereceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla hukuki yarar bulunmadan açılan davanın dava şartı yokluğundan reddedilmesinin şekli manada bir kanuni dayanağı bulunmaktadır.

47. Bununla birlikte somut olayda başvurusunun belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının bulunmadığı yorumunun öngörülebilirlik koşulunu sağlayıp sağlamadığı da incelenmelidir. Daire, alacağın belirlenebilir olduğu durumlarda alacaklının genel eda davası açması yerine belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının bulunmadığını kabul etmiştir. Hukuki yarar, kişilerin kendilerine hukuken yarar sağlamayan davaları açarak mahkemeleri gereksiz yere meşgul etmesinin önlenmesi amacıyla getirilen bir dava şartıdır. Eda davalarında davacı, karşı tarafın bir şey verme veya yapma ya da yapmama yükümlülüğü altında bulunduğu tespiti ile karşı tarafın bir şey vermeye veya yapmaya ya da yapmamaya mahkûm edilmesini mahkemeden istediğinden bu davalarda hukuki yararın varlığının tespiti noktasında kural olarak bir sorunla karşılaşılmaz. Esasen eda davalarında hukuki yararın bulunduğu kural olarak kabul edilir.

48. Hukuki yarar şartı özellikle tespit davaları yönünden önem taşımaktadır. Tespit davaları kural olarak eda davasının veya inşai davanın öncüsü mahiyetindedir. Dolayısıyla tespit davasıyla elde edilecek sonuç kural olarak eda davası veya inşai davayla da sağlanabilir. Mahkemenin eda hükmü

veya inşai hüküm kurabilmesi için öncelikle davacının hakkının, davalının ise yükümlülüğünün varlığını tespit etmesi gerekir. Şu hâlde davacının eda davası açmakla elde edebileceği bir sonucu ayrıca tespit davasına konu etmesinde hukuki yararının bulunmadığı kural olarak kabul edilmektedir.

49. Dairenin somut davada başvurusunun belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının bulunmadığı sonucuna ulaşırken belirsiz alacak davasının sadece alacağın tam miktar veya değerinin davacı tarafından belirlenemediği durumlara özgüldüğü, alacağın miktar veya değerinin belirlenebilir olduğu hâllerde alacaklının bu davayı açmasına ihtiyaç bulunmadığı düşüncesinden hareket ettiği anlaşılmıştır.

50. Belirsiz alacak davası özünde bir eda davası olup bu davada davacı, alacağının varlığının tespitini ve tamamının ödenmesine hükmedilmesini istemektedir. Belirsiz alacak davasını genel eda davasından ayıran yön, talep sonucunun zamanaşımı veya davanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın artırılabilmesine imkân sağlamasıdır. Belirsiz alacak davasında davacı, alacağının miktarını veya değerini tam olarak belirleyemediği için davasının miktarını ya da değerini sonradan artırmak üzere en düşük miktar veya değerden göstermektedir. Ancak alacağın varlığının tespiti ile karşı tarafın bunu ödemeye mahkûm edilmesi yönünden belirsiz alacak davasının genel eda davasından hiçbir farkı bulunmamaktadır. Bunun yanında belirsiz alacak davası, zamanaşımının tüm alacak yönünden kesilmesi ve alacağın miktarının veya değerinin kesin olarak belirlenebilir olmasından sonra davanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın değerinin artırılabilmesi imkânı sağlaması yönüyle eda davasına nazaran avantajlar sağlamaktadır. Bu sebeple bir alacağın belirsiz alacak davası olarak yargılamaya konu edilmesi alacaklılar yönünden tercih edilen bir durumdur.

51. Bu açıklamalar ve belirsiz alacak davasının da bir eda davası olduğu hususu gözetildiğinde bir alacağın belirsiz alacak davasına konu edilmesinde hukuki yararın bulunmadığının söylenmesi güçtür. Genel eda davası açılması davacıya belirsiz alacak davasından elde edebileceğinden daha fazla bir yarar sağlamamaktadır ki davacının genel eda davası açmak yerine belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının bulunmadığı ifade edilsin. İnceleme yöntemi ve yargılama sonucunda kurulacak hükmün

niteliği yönünden belirsiz alacak davasının genel eda davasından hiçbir farkı bulunmamaktadır. Aksine belirsiz alacak davası genel eda davasına nazaran çok daha fazla avantaj sunmaktadır.

52. Kuşkusuz belirsiz alacak davasının açılma şartlarının katı olması sebebiyle bu koşulları sağlamayan alacağın belirsiz alacak davasına konu edilmesinin usul hukuku bakımından mümkün olmadığı söylenebilir. Ancak belirlenemezlik şartını taşımayan bir alacağın belirsiz alacak davasına konu edilemeyecek olması ile hukuki yarar meselesi farklı şeylerdir. İlki dava dilekçesinin usul hükümlerine uygun olarak düzenlenmesiyle ilgiliyken ikincisi daha çok davanın sonucundan elde edilecek menfaatle ilgilidir. Hukuki yararın varlığı davada verilecek muhtemel hükmün davacının hukuk âlemine olumlu manada bir katkı sağlayıp sağlamayacağıyla test edilir. Belirlenebilir olan alacakların da ödenmesine hükmedilmesinde alacaklının hukuki yararının bulunduğu tartışma götürmez bir gerçektir. Belirlenebilir bir alacağın usul kurallarına uygun olmayan bir yöntemle açılması usul hukukuna aykırı olsa da bu durum alacağın hüküm altına alınmasında alacaklının menfaatinin bulunduğu hakikatini değiştirmez.

53. Sonuç olarak belirsiz alacak kapsamına girmediği değerlendirilen bir alacağın belirsiz alacak davasına konu edilmesinde hukuki yararın bulunmadığı yorumu -belirsiz alacak davasının da bir eda davası olduğu hususu dikkate alındığında- makul olarak öngörülebilecek bir yorum olarak değerlendirilmemiştir. Bununla birlikte somut olayın özelliği dikkate alındığında ihlal bulunup bulunmadığı konusunda nihai değerlendirmenin ölçülülük ilkesi yönünden yapılmasının daha uygun olacağı kanaatine varılmıştır.

(b) Meşru Amaç

54. Anayasa'nın 13. maddesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını, ilgili hak ve özgürlüğe ilişkin Anayasa maddesinde gösterilen özel sınırlandırma sebeplerinin bulunmasına bağlı kılmıştır. Anayasa'nın 36. maddesinde özel sınırlama nedeni düzenlenmemiştir. Anayasa'nın 36. maddesinde, adil yargılanma hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu düşünülemez. Anayasa Mahkemesi kararlarında, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler

ile devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014; AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015).

55. Adil yargılanma hakkı niteliği gereği devletin düzenleme yapmasını gerektiren bir haktır. Zira bu hakkın Anayasa'da zikredilmiş olması kendi başına bir anlam ifade etmemekte, bireylerin bu haktan yararlanabilmesi için devletin en azından yargı teşkilatını kurması ve yargılama usullerini belirlemesi gerekmektedir. Devletin düzenleme yetkisini haiz olduğu alanlarda belli ölçüde takdir yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple adil yargılanma hakkına yönelik sınırlamalar getirilirken kanun koyucuyu bağlayan belli bir meşru amaçlar listesi bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucunun bu takdir yetkisinin Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olduğu açıktır.

56. Somut olayda Daire, belirsiz alacak davasının koşullarının oluşmadığını ve başvurucunun genel eda davası açmak yerine belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının bulunmadığını kabul etmiştir. Dolayısıyla davanın usulden reddedilmesinin amacının mahkemelerin davacıların hukuken yarar elde edemeyeceği davalarla meşgul edilmesinin önlenmesi ve başvurucunun medeni hakkıyla ilgili uyuşmazlığın karara bağlanması hususunda daha elverişli olan dava yoluna başvurmaya zorlanması olduğu anlaşılmaktadır. Kişinin uyuşmazlığın çözümü yönünden daha etkili olan yola başvurmaya zorlanmasının meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşılmıştır.

(c) Ölçülülük

(i) Genel İlkeler

57. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçütlerden biri olan ölçülülük, hukuk devleti ilkesinden doğmaktadır. Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisnai bir yetki olduğundan bu yetki ancak durumun gerektirdiği ölçüde kullanılması koşuluyla haklı bir temele oturabilir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin somut koşulların gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılması kamu otoritelerine tanınan yetkinin aşılması anlamına geleceğinden hukuk devletiyle bağdaşmaz (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014).

58. Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç

alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2013/66, K.2014/19, 29/1/2014; E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016; Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

59. Mahkemeye erişim hakkının sınırlanması için seçilen aracın öngörülen amaca ulaşılabilmesi bakımından elverişli olması gerekir. Ayrıca seçilen araç bu hakkı en az zedeleyici nitelikte bulunmalıdır. Bununla birlikte hakkı daha az zedeleyen aracın tercih edilmesi gerektiğinin söylenebilmesi için söz konusu araç aynı amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır. Daha hafif sınırlama teşkil eden aracın tercih edilmesi hâlinde öngörülen amaç gerçekleşmeyecek ise daha ağır müdahale oluşturan aracın seçimi hususundaki tercih, Anayasa'ya aykırı olmaz. Bunun dışında hangi müdahale aracının tercih edileceği hususunda kamu otoritelerinin belli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır (Mustafa Berberoğlu, B. No: 2015/3324, 26/2/2020, § 48).

60. Öte yandan mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahaleler orantılı olmalıdır. Orantılılık, amaç ile araç arasında adil bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Buna göre mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamayla ulaşılmak istenen meşru amaç ve başvuruçunun mahkemeye erişim hakkından yararlanmasındaki bireysel yarar arasında makul bir orantı kurulmalıdır. Hedeflenen amaca ulaşıldığında elde edilecek kamusal yararları kıyaslandığında sınırlama ile kişiye yüklenen külfetin aşırı ve orantısız olmaması gerekir (Mustafa Berberoğlu, § 49).

(ii) İlkelerin Olaya Uygulanması

61. Belirsiz alacak davası, ilk kez 6100 sayılı Kanun'la getirilen bir dava türü olup davanın açıldığı tarihte alacağını tam olarak hesaplayamayan davanın zamanaşımı nedeniyle hak kaybına uğramasının önlenmesini hedeflemektedir. Böylece davacı, dava dilekçesinde alacağın tam miktarını

gösterme mecburiyetinden kurtulmakta; yargılama sırasında tespit edilen gerçek alacak miktarına -davanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın ve zamanaşımı riskiyle karşılaşmaksızın- kavuşma imkânı elde etmektedir. Dolayısıyla belirsiz alacak davasının alacaklının mahkemeye erişim hakkından yararlanması bakımından genel eda davasından farklı olarak bazı ek avantajlar getirdiği anlaşılmaktadır.

62. 6100 sayılı Kanun'un 107. maddesinin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere belirsiz alacak davasının öngörülme amacı hak arama hürriyetinden yararlanılmayı sağlamak ve kişilerin mahkemeye erişimlerini kolaylaştırmaktır (bkz. § 24). Kanun koyucu, alacaklının alacağını tam olarak hesaplamasının mümkün olmadığı durumlarda usule ilişkin gereklilikler sebebiyle hak kaybına uğramasını önlemek amacıyla belirsiz alacak davası açılması imkânı getirmiştir. Bu yönüyle belirsiz alacak davasının esasın usule feda edilmesini önlemeye yönelik olarak getirilen bir hukuki çare olduğu anlaşılmaktadır.

63. Somut olayda başvurucu, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacağının ödenmesi istemiyle Belediye aleyhine alacak davası açmıştır. Başvurucu, davayı belirsiz alacak davası olarak açmanın yanında talep ettiği tazminat miktarını da -fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak- 6.539,68 TL olarak göstermiştir. Başvurucu 21/4/2015 tarihli bilirkişi raporunu da gözetmek suretiyle 13/10/2015 tarihinde davasını ıslah ederek tazminat talebini 11.745,23 TL'ye yükseltmiştir. Asliye Hukuk Mahkemesi davayı kısmen kabul ederek başvurucuya 8.827,97 TL tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Bununla birlikte Daire, alacağın belirsiz olmadığını kabul ederek başvurucunun tam/kısmi alacak (genel eda) davası açmak yerine koşulları oluşmadan belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının bulunmadığını belirtmiş ve davanın usulden reddi gerektiği gerekçesiyle Asliye Hukuk Mahkemesi kararını bozmuştur.

64. Toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bir alacağın belirsiz alacak olup olmadığını tespit etmek Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Anayasa Mahkemesinin bu yönüyle yapacağı denetim Dairenin yaptığı değerlendirmenin bariz takdir hatası veya keyfilik içerip içermediğini incelemekle sınırlıdır. Daire; belirsiz alacak davası açılabilmesi için alacağın miktar

veya değerinin davacının elindeki belgelerle belirlenememesi, bunun ancak karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerle tespit edilebilir olması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Daireye göre alacağın belirlenebilirliği ile ispatı ayrı şeylerdir. Alacağın ispatının bilirkişi incelemesi gerektirmesi, belirlenemez olduğu anlamına gelmemektedir. Daire sonuç olarak toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacağın başvuruçunun elindeki belgelerle belirlenebilir olduğu hükmüne varmıştır.

65. Dairenin bu değerlendirmesinin bariz takdir hatası veya keyfilik içerdiği söylenemez. Somut olaydaki alacağın başvuruçunun kendi imkânlarıyla belirlenebilir olup olmadığı konusunda farklı sonuçlara ulaşılması usul hukuku yönünden mümkün olsa bile Dairenin görüşünün medeni usul hukuku bakımından isabetini sorgulamak Anayasa Mahkemesinin işi değildir. Anayasa Mahkemesinin yapacağı değerlendirme Dairenin bu yorumunun başvuruçunun mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmediğinin tespitinden ibaret olacaktır.

66. Bu bağlamda Dairenin başvuruçunun iş sözleşmesinden kaynaklanan alacağının belirlenebilir olduğu görüşünün ne tür sonuçlar doğurduğuna bakılmalıdır. Daire, alacağın belirlenebilir olduğu hâllerde belirsiz alacak davasıyla elde edilecek neticenin genel eda davasıyla da temin edilebileceğini, dolayısıyla başvuruçunun belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının bulunmadığını kabul etmiş ve davanın dava şartı yokluğundan reddi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla başvuruçunun -Dairenin kabulüne göre- yanlış bir yöntemle dava açması, davanın usulden reddedilmesiyle sonuçlanmıştır.

67. Ölçülülük yönünden ilk olarak incelenecek husus, müdahale için seçilen aracın amaca ulaşılmasını sağlayıp sağlamadığıdır. Genel eda davası olarak açılması gerekirken belirsiz alacak davası şeklinde açılan davanın usulden reddedilmesinin medeni hakla ilgili uyuşmazlığın çözümü için etkili olan davanın açılmasını temin etme amacına ulaşılması yönünden elverişli bir araç olduğu değerlendirilmiştir.

68. Bununla birlikte müdahalenin ölçülü olabilmesi için bu aracın son çare olması, diğer bir ifadeyle başvuruçunun haklarını en az zedeleyen bir araç olması gerekir. Davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden redde-

dilmesi oldukça ağır bir müdahaledir. Bu tür bir müdahale kimi durumlarda başvurunun ihtilaf konusu medeni hakkını yeni bir davaya konu etmesini imkânsız hâle getirebilmektedir. Nitekim somut olayda yargılamanın 21/2/2019 tarihinde kesinleştiği gözetildiğinde başvurunun 1/3/2009-28/2/2012 dönemi toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacağını yeni bir davaya konu etmesi zamanaşımı yönünden birtakım tartışmaları ortaya çıkarabilir. Ayrıca mevcut davanın devam ettirilmesi yerine kişinin ikinci bir dava açmaya zorlanması bile kendi başına kişiye aşırı külfet yükleyebilir. Bu nedenle davanın usulden reddedilmesinin son çare olup olmadığı fevkalade önemli hâle gelmektedir.

69. 6100 sayılı Kanun'un 119. maddesinde dava dilekçesinde talep sonucunun eksik olması hâlinde hâkimin davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre vereceği hükme bağlanmıştır. Yine aynı Kanun'un 115. maddesinin (2) numaralı fıkrasında dava şartı noksanlığının giderilmesinin mümkün olması durumunda bunun tamamlanması için kesin süre verileceği ve bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedileceği belirtilmiştir. 6100 sayılı Kanun'un 31. maddesinde de hâkimin belirsiz veya çelişki gördüğü hususları açıklatma yetkisini haiz olduğu ifade edilmiştir.

70. Belirtilen hükümlerin usulüne aykırı olarak düzenlenen dava dilekçelerinin usulüne uygun hâle getirilmesi için hâkime güçlü yetkiler verdiği görülmüştür. Hâkime bu yetkilerin tanınmasının amacı davacının maddi hakkının birtakım şekil eksiklikleri sebebiyle usule feda edilmesinin önlenmesi ve bu suretle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkından yararlanmasının sağlanmasıdır. Dolayısıyla hatalı olarak belirsiz alacak davası biçiminde açıldığının düşünülmesi hâlinde davanın genel eda davası olduğu kabul edilerek başvurunun talep sonucunu netleştirmesi için başvurucuya süre verilmesinin davanın usulden reddi biçimindeki ağır bir müdahaleden kaçınılmasını sağlayacak bir araç olduğu görülmektedir. Daire, belirsiz alacak davasında talebin açık olması sebebiyle 6100 sayılı Kanun'un 119. maddesi uyarınca süre verilemeyeceğini kabul etmiş ise de davanın genel eda davası olarak kabulü hâlinde talep sonucunun eksik hâle geleceği açıktır. Yöntemince düzenlenmediği kabul edilen bir dava dilekçesinin düzeltilmesi ve yöntemine uygun hâle

getirilmesi için süre verilmesi başvuruçunun mahkemeye erişim hakkından yararlanmasını güvence altına alacaktır.

71. Kanun koyucunun davacıların mahkemeye erişim hakkından yararlanmalarının kolaylaştırılması amacıyla getirdiği belirsiz alacak davası açma imkânı somut olayda Dairenin katı yorumu sebebiyle davacı aleyhine sonuçlar doğurmuştur. Başvuruçucu, sırf dava dilekçesinde davasının belirsiz alacak davası olduğunu belirtmiş olması sebebiyle medeni hakkıyla ilgili bir uyuşmazlığını mahkemede öne sürme hakkından mahrum kalmıştır. Başvuruçunun hatalı olarak belirsiz alacak davası açmış olması sadece belirsiz alacak davasıyla getirilen avantajlardan yararlanamaması sonucunu doğurmamış, genel eda davasıyla elde edebileceği hakları yitirmesine de yol açmıştır.

72. Mahkemeye erişim yönünden ek avantajlar sağlayan bir davanın koşullarının oluşmamış olmasının bu ek avantajların izalesiyle sınırlı bir etki doğurması makul karşılanabilir. Böyle bir durumda kişinin bu ek imkânlardan yararlandırılmaması sonucunu doğuracak bir aracın seçilmesinin kişiye ağır bir külfet yüklediği değerlendirilebilir. Ne var ki koşulları oluşmadan belirsiz alacak davası açıldığı gerekçesiyle kişinin belirsiz alacak davasıyla getirilen avantajlardan yararlanamamasının ötesinde mahrumiyetlerle karşılaşmasına yol açacak müdahaleler, son çare olarak kabul edilemez. Somut olayda başvuruçunun koşulları oluşmadan belirsiz alacak davası açtığı kabulü, sadece başvuruçunun zamanaşımı veya davanın genişletilmesi yasağı ile ilgili avantajlardan yararlanamamasıyla sınırlı sonuç doğurmamış; toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacağını dava konusu etmesini bütünüyle imkânsız hâle getirmiştir.

73. Bu bağlamda başvuruçunun 6098 sayılı Kanun'un 158. maddesiyle getirilen ek süre içinde yeni bir dava açmasının mümkün olup olmadığının da belirsiz olduğunu vurgulamak gerekir. Anılan maddede, davanın mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olduğu ve bu arada zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin de dolduğu durumlarda alacaklının altmış günlük ek süre içinde dava açabileceği belirtilmiştir. Buna göre düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması sebebiyle davanın

reddedilmiş olması hâlinde -zamanaşımı süresi de dolmuşsa- davacının altmış günlük ek süre içinde yeni bir dava açması mümkündür. Bununla birlikte Dairenin somut olayda başvurusunun yaptığı usul hatasını düzeltilebilecek bir yanlışlık olarak kabul etmemiş olması, 6098 sayılı Kanun'un 158. maddesiyle getirilen imkândan yararlanmasının mümkün görüleceğini kuşkulu hâle getirmektedir. Bu sebeple başvurusunun açacağı yeni bir davanın başarı şansı sunabileceği kanaatine kesin olarak varılamamaktadır. Dolayısıyla 6098 sayılı Kanun'un 158. maddesinin varlığı, eldeki davanın hukuki yarar yokluğundan reddedilmesinin başvurusunun medeni hakkını dava konusu etmesini imkânsız hâle getirdiği yolunda ulaşılan kanaati de-ğiştirecek yeterlilikte görülmemiştir.

74. Sonuç olarak başvurusunun, şartları oluşmadan açtığı belirsiz alacak davasının dava şartı yokluğundan reddedilmesinin -usul hukukundaki imkânlar gözetildiğinde- başvurulabilecek son çare olmadığı değerlendirilmiştir. Davanın hukuki yarar yokluğundan reddi suretiyle mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalede, medeni hakla ilgili uyumsuzluğun karara bağlanması yönünden en etkili olan davanın açılmasını sağlama amacına ulaşılması için daha hafif müdahale teşkil eden aracın seçilmesi yerine başvurusunun mahkemeye erişimini imkânsız kılan ağır bir aracın tercih edilmesinin gereklilik şartına uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

75. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

2. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları

76. Başvurucu, uzun süren yargılama nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

b. Değerlendirme

i. Kabul Edilebilirlik Yönünden

77. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Esas Yönünden

78. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin yargılamanın süresi tespit edilirken sürenin başlangıç tarihi olarak davanın ikame edildiği tarih; sürenin sona erdiği tarih olarak -çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde- yargılamanın sona erdiği tarih, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul sürede yargılama hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetle ilgili kararını verdiği tarih esas alınır (*Güher Ergun ve diğ.leri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 50-52).

79. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurusunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınır (*Güher Ergun ve diğ.leri*, §§ 41-45).

80. Anılan ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında 4 yıl 11 ay 16 günlük yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varmak gerekir.

81. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılama hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

82. Başvurucu, toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacağına kavuşmaması sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Somut olayda Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varıldığından başvurusunun bu başlık altında ileri sürdüğü şikâyetler hakkında bu aşamada ayrıca değerlendirme yapılmasına gerek görülmemiştir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

83. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir.

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.»

84. Başvurucu, ihlalin tespit edilmesini ve yargılamanın yenilenmesine hükmedilmesini talep etmiştir. Başvurucu ayrıca makul sürede yargılanma hakkının ihlali sebebiyle 10.000 TL manevi tazminata karar verilmesini istemiştir.

85. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

86. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

87. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun’un 50.

maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir kararın kendisine ulaştığı mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemezsizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan, §§ 58, 59; Aligül Alkaya ve diğerleri (2), §§ 57-59, 66, 67*).

88. İncelenen başvuruda davayı ayakta tutacak diğer imkânlar denenmeden davanın dava şartı yokluğundan reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

89. Bu durumda mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş, yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

90. Makul sürede yargılanma hakkı yönünden ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında -talebi de dikkate alınarak- net 10.000 TL manevi tazminatın başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

91. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 364,60 TL harç ve 4.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 4.864,60 TL yargılama giderinin başvuru- rucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkı- nın ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİ- ĞİNE,

C. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın İNCELENMESİ- NE GEREK OLMADIĞINA,

D. Kararın bir örneğinin adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahke- meye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeni- den yargılama yapılmak üzere Ödemiş 1. Asliye Hukuk (İş) Mahkemesine (E.2018/371, K.2018/816) GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucuya net 10.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE,

F. 364,60 TL harç ve 4.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 4.864,60 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

G. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurunun Hazine ve Ma- liye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 22/2/2022 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

PSİKOLOJİK TACİZ NEDENİYLE MADDİ VE MANEVİ VARLIĞINI KORUMA HAKKININ İHLAL EDİLMESİ

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

TÜRKAN AYDOĞMUŞ BAŞVURUSU

Başvuru Numarası: 2018/19000

Resmi Gazete Tarihi ve Sayısı: 12/4/2022 - 31807

Karar Tarihi: 12/1/2022

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, psikolojik taciz nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 20/6/2018 tarihinde yapılmıştır. Komisyon, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar vermiştir.

3. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

4. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

5. Başvurucu, İstanbul Üniversitesi Kardiyoloji Enstitüsü Müdürlüğü Anesteziyoloji ve Reanimasyon Ana Bilim Dalında sorumlu hemşire olarak görev yapmaktadır.

6. Başvurucu; amiri konumundaki anestezi doktoru H.Ö.U. tarafından kendisine aşağılayıcı, mesleki ve kişisel onurunu zedeleyici davranışlar gösterildiğinden ve sistemli olarak psikolojik tacize uğradığından bahisle İstanbul Üniversitesi Kardiyoloji Enstitüsü Müdürlüğüne (Müdürlük) 8/9/2015 tarihinde şikâyet dilekçesi vermiştir. Dilekçede başvurucu, H.Ö.U.nun kendisine “Sen bir şey bilmiyorsun, seninle çalışmak istemiyorum. Seni buradan göndereceğim.” gibi sözler sarf ettiğini, 8/9/2015 tarihinde gerçekleşen ameliyatta kabloların arızalanması sebebiyle “Kabloların özellikle bozuklarını koyuyorsunuz.” diyerek kendisini ameliyathaneden kovduğunu belirtmiştir. H.Ö.U. tarafından sürekli kendisine ve ekibine yönelik onur kırıcı ve hakaret içerikli söylemlerde bulunulduğunu belirten başvurucu, bu

durumun daha önce de sözlü olarak iletildiğini ifade ederek Müdürlükten gereğinin yapılmasını talep etmiştir.

7. Başvurucunun şikâyet dilekçesini verdiği tarihten bir gün önce 7/9/2015 tarihinde, H.Ö.U.nun başvuru ve N.A. isimli hemşire hakkındaki şikâyet dilekçesine istinaden idare tarafından konuyu soruşturmak üzere C.E.Y. soruşturmacı olarak görevlendirilmiştir. H.Ö.U. şikâyet dilekçesinde; başvurucunun ve N.A.nın görevlerini yerine getirirken önemli hatalar yaptıklarını ve bıkkınlık gösterdiklerini ayrıca kendisine hakaret ettiklerini belirterek bu kişilerin başka birimlerde görevlendirilmesini Müdürlükten talep etmiştir. Soruşturmacı olarak görevlendirilen C.E.Y. ilgililerin ifadelerine başvurmuş fakat sonuca ilişkin bir değerlendirme yapmayı ilgililerle aynı ortamda çalışıyor olması nedeniyle sağlıklı yorum ve kanaatte bulunamayacağını belirterek görevin başkasına verilmesini 6/1/2016 tarihinde Müdürlükten talep etmiştir.

8. Başvurucunun talebi üzerine İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığınca başvuru hakkında 1/12/2015 tarihli tıbbi belgeleme ve bilimsel değerlendirme raporu düzenlenmiştir. Ayrıntılı ruhsal değerlendirme sonrasında başvurucuya somatik yakınmalı major depresif bozukluk tanısı konulduğu, konulan tanının başvurucunun işyerinde yaşadığı olaylarla uyumlu olduğu ancak olayın işyerinin sosyal çalışmacılar tarafından incelenmesi sonrasında bütün olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Başvurucu bu rapordan sonra 29/1/2016 tarihinde Müdürlüğe yeni bir dilekçe vermiş, hakkında düzenlenen tıbbi belgeleme ve bilimsel değerlendirme raporuna değinerek 8/9/2015 tarihli dilekçesinde bahsettiği hususların artarak devam ettiğini bildirmiştir.

9. Öte yandan başvuru 17/12/2015 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına (Başsavcılık) başvurarak H.Ö.U. hakkında, eziyet etme ve görevi kötüye kullanma suçlarından şikâyetçi olmuştur. Başsavcılık tarafından 28/12/2015 tarihinde görevsizlik kararı verilerek evrakın gereği için soruşturma izni vermeye yetkili İstanbul Üniversitesi Rektörlüğüne (İdare) gönderilmesine karar verilmiştir. İdarenin 3/2/2016 tarihli yazısıyla Başsavcılık kararına ve C.E.Y.nin 6/1/2016 tarihli dilekçesine değinilerek soruşturmacı olarak G.A. görevlendirilmiştir.

10. G.A. tarafından hazırlanan raporda, H.Ö.U.nun personele yönelik aşağılayıcı tutum ve davranışlarda bulunduğuna ilişkin tanık beyanları dikkate alınarak lüzumu muhakeme kararı verilmesinin uygun olacağı kanaatine ulaşıldığı belirtilmiştir. Tanık beyanlarında özet olarak H.Ö.U.nun sürekli huzursuz bir ortama sebep olduğu, bundan ötürü bazı çalışanların ağladığı, «ahlaksız, terbiyesiz, salak, aptal, geri zekalı» gibi ifadeler kullandığı vurgulanmıştır. Raporda H.Ö.U.nun eleştiri sınırlarını aşan aşağılayıcı

sözler kullandığı, bu tip davranışların süreklilik arz etmesi hâlinde psikolojik tacizden söz edilebileceği gibi süreklilik arz etmese dahi kişilik haklarına aykırılığın mevcut olduğundan söz edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu doğrultuda Müdürlük, idareye hitaben 4/4/2016 tarihli yazıyla G.A. tarafından hazırlanan rapora değinerek soruşturma yapılmasının Müdürlüklerince de uygun görüldüğünü bildirmiştir.

11. Başvurucunun psikolojik tacize uğradığını ileri sürerek kendisine 10.000 TL manevi tazminat ödenmesini İdareden talep etmesi üzerine idare tarafından 14/3/2016 tarihli tutanakla sulh olmanın mümkün olmadığı başvuru vekiline tebliğ edilmiştir. Bunun üzerine başvuru 11/5/2016 tarihinde İstanbul 7. İdare Mahkemesinde (İdare Mahkemesi) 10.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi talebiyle tam yargı davası açmıştır.

12. Dava dilekçesinde başvuru, H.Ö.U.nun psikolojik tacizine idare tarafından göz yumulduğunu, H.Ö.U. hakkında herhangi bir yaptırım uygulanmadığını, kendisiyle birlikte diğer çalışanların ve H.Ö.U.nun şikâyet dilekçeleri birleştirilerek bir soruşturma açıldığını fakat bu soruşturmanın da sürüncemede bırakıldığını ileri sürmüştür.

13. İdare Mahkemesi 10/4/2017 tarihli kararıyla davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; başvuruçunun birtakım iddialarının idari soruşturma gerektirdiği ve yürütülecek soruşturma sonucunda gerekli görülmesi hâlinde disiplin yaptırımlarının uygulanabileceği, birtakım iddiaların ise adli soruşturma gerektirecek nitelikte olduğu ve adli mercilerce yürütülecek yargılama neticesine göre ilgilinin cezalandırılabilmesi, bundan sonra uğranıldığı ileri sürülecek maddi veya manevi zararlar varsa bu zararların tazmini istemiyle yargı yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. Kararda; ileri sürülen zararların açık, somut ve kesin olarak ortaya konulmadığı ve G.A. tarafından hazırlanan raporda konuyla ilgili olarak kişisel hakaret değerlendirmesi yapıldığı belirtilerek başvuruçunun hukuk mahkemelerinde tazminat davası açabileceği vurgulanmıştır. Sonuç olarak İdare Mahkemesi, idarenin psikolojik taciz bağlamında ağır bir kusurunun olmadığından hareketle başvuruçuya manevi tazminat ödenmesi için gerekli şartların oluşmadığı kanaatine varmıştır.

14. Başvuru bu karara karşı 17/8/2017 tarihinde istinaf başvurusunda bulunmuştur. Başvuru istinaf dilekçesinde somut delil ve belgelerin İdare Mahkemesince değerlendirmeye alınmadığını, idarenin soyut iddialarının hükme esas alınarak davanın reddine karar verildiğini belirtmiştir. Ayrıca idarenin gereken emir ve talimatları vermeyerek, gözetim ve denetim yapmayarak ve gerekli önlemleri almayarak psikolojik tacize göz yumduğunu ileri sürmüştür. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 7. İdare Dava

Dairesi 8/5/2018 tarihli kararıyla, İdare Mahkemesi kararının hukuka ve usule uygun olduğu, dilekçede ileri sürülen iddiaların kararın kaldırılmasını sağlayacak nitelikte görülmediği gerekçesiyle istinaf başvurusunun reddine karar vermiştir.

15. Nihai karar 22/5/2018 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

16. İlgili hukuk için bkz. *Mehmet Bayrakçı*, B. No: 2014/8715, 5/4/2018, §§ 30-45; *Ebru Bilgin* [GK], B. No: 2014/7998, 19/7/2018, §§ 43-67.

17. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) yakın tarihli *Şpadijer/Karadağ* (B. No: 31549/18, 9/11/2021) kararında, işyeri zorbalığına karşı devletin yükümlülüklerini yerine getirmediğine ilişkin şikâyeti incelemiştir. Davaya konu olan olayda gardiyan olarak vardiya şefi pozisyonunda görev yapan başvurucu, yılbaşı gecesi meslektaşları tarafından ortaya konulan bazı usulsüz davranışları ihbar etmiştir. Bundan sonra bazı meslektaşları başvurucuyu tehdit etmiş, kendisine olumsuz davranışlarda bulunmuştur. Bununla birlikte bir gece vakti başvurucunun evinin önünde park hâlindeki arabasının ön camı kırılmıştır. Yaşanan olaylardan sonra başvurucu, vardiya şefi pozisyonundaki görevinden alınmıştır. Söz konusu olaylar nedeniyle sağlık problemleri yaşadığını belirten başvurucu, işyerindeki aşığılanma ve hakaretlerden dolayı suç duyurusunda bulunmuş ve tazminat davası açmıştır. Devam eden süreçte bilirkişi tarafından başvurucunun travma sonrası stres bozukluğu ve uyum bozukluğu nedeniyle iş görme kapasitesinin kalıcı olarak %20 oranında azaldığı tespit edilmiştir. Son olarak başvurucu otoparkta saldırıya uğramıştır. Başvurucunun açtığı dava iç hukuk yolunda zorbalık olarak iddia edilen olayların yeterli sıklıkta ve sistematik şekilde (altı ay boyunca haftada en az bir kez) gerçekleşmediği ve zorbalık olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir (*Şpadijer/Karadağ*, §§ 6-28).

18. AİHM, anılan kararında işyeri zorbalığı ile ilgili şikâyetlerin her bir somut olayın özel koşulları ışığında ve tüm bağlam dikkate alınarak vakıa bazında kapsamlı bir şekilde incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte AİHM, altı aylık bir süre boyunca haftada bir defadan daha az sıklıkta olan ve zorbalık anlamına gelebilecek durumların veya daha sık olan ancak yine de zorbalık anlamına gelmeyecek durumların olabileceğini vurgulamıştır (*Şpadijer/Karadağ*, § 95). Kararda; ulusal mahkemelerce başvurucunun yaşadığı olayların tamamının değerlendirilmemesi, olayların bağlamının ve iddia edilen arka planının dikkate alınmaması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği belirtilerek özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır (*Şpadijer/Karadağ*, §§ 100,101).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

19. Anayasa Mahkemesinin 12/1/2022 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

20. Başvurucu; yaşadığı olaylar nedeniyle kendisine *somatik yakınmalı major depresif bozukluk* tanısı konulduğunu, tüm başvurularına rağmen idare tarafından psikolojik tacizi önlemeye yönelik tedbirlerin alınmadığını, H.Ö.U. hakkında etkili bir soruşturma yapılmadığını, Başsavcılığa yaptığı şikâyet ile ilgili sürecin sürüncemede bırakıldığını, İdare Mahkemesi tarafından sunulan bilgi ve belgeler dikkate alınmadan karar verildiğini ileri sürerek maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının, adil yargılanma hakkının ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

21. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" kenar başlıklı 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

22. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 1879/2013, § 16). Başvuruya konu şikâyetlerin tümü -Anayasa Mahkemesinin önceki kararları da dikkate alınarak- Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir (*Hüdayi Ercoşkun*, B. No: 2013/6235, 10/3/2016, §§ 59, 60; *Sümeyye Örnek*, B. No: 2014/11091, 7/6/2017, § 16; *Mehmet Bayrakçı*, § 50; *Ebru Bilgin*, § 70).

23. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlüğün korunması hakkına karşılık gelmektedir (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 30).

24. Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında; Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının koruduğu temel haklara, bir eylemin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi için

asgari bir ağırlık düzeyine ulaşmış olması gerektiğine ve söz konusu ağırlık düzeyi belirlenirken gözönüne alınması gereken durumlara ilişkin olarak ilkeler tespit etmiştir (*Şehnaz Ayhan*, B. No: 2013/6229, 15/4/2014, §§ 21-26; *Işıl Yaykır*, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, §§ 31-36; *Emel Leloğlu*, B. No: 2013/3512, 17/7/2014, §§ 26-31; *Hüdayi Ercoskun*, §§ 84-88; *Hacer Kahraman*, B. No: 2013/7935, 20/4/2016, §§ 51-56). Bu tespitler ışığında somut olaya konu olan muamelelerin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiği aştığı söylenemez. Bu nedenle başvuruçunun şikâyetlerinin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi uygun görülmüştür (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Mehmet Bayrakçı*, § 59; *Ebru Bilgin*, § 76).

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

25. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

26. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında; çalışan bireylerin maddi ve manevi varlıklarının korunması bağlamında devletin Anayasa'nın 17. maddesinin yanı sıra 5., 12., 49. ve 56. maddeleri çerçevesinde üstlenmesi gereken negatif ve pozitif yükümlülüklerinin kapsamına, başta 3/5/1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) bünyesinde imzalanan sözleşmeler olmak üzere uluslararası sözleşmelere taraf olan devletlerin taahhütlerine, bu doğrultuda hayata geçirilen düzenlemelere ilişkin açıklayıcı değerlendirmelere ve genel ilkelere yer verilmiştir (*Mehmet Bayrakçı*, §§ 61-72, *Ebru Bilgin*, §§ 79-83).

27. Söz konusu değerlendirmelerde Anayasa Mahkemesi, her somut olayın kendi bütünlüğü içinde değerlendirilmesi koşuluyla bireylerin çalışma ortamlarında maruz kaldıklarını ileri sürdükleri eylem, işlem ya da ihmallerin psikolojik taciz derecesine ulaşması için birtakım unsurların aranması gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda ILO ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanan yayın ve raporlar da dikkate alındığında muamelelerin psikolojik taciz olarak vasıflandırılabilmesi için;

i. İşyeri ile ilgili olarak işyerindeki yöneticiler ve/veya diğer çalışanlar tarafından gerçekleştirilmesi ya da bu tür müdahalelere göz yumulması,

ii. Süreklilik arz edecek şekilde tekrarlanması, keyfilik içermesi, sistemli ve kasıtlı olması, yıldırma ve dışlama amacı taşıması,

iii. Mağdurun kişiliğinde, mesleki durumunda veya sağlığında zarar ortaya çıkaran ya da ciddi bir zarar tehlikesi içermesi gerekir (*Mehmet Bayrakçı*, § 69; *Ebru Bilgin*, § 80).

28. Muamelelerin neden olduğu sonuçların boyutu mağdurun konumuna, muamelelerin süresine, sıklığına, kim ya da kimler tarafından gerçekleştirildiğine, mağdurun cinsiyetine, yaşına ve sağlık durumuna kadar birçok faktöre göre değişebilmektedir (*Aynur Özdemir* ve diğerleri, B. No: 2013/2453, 24/3/2016, § 79; *Hacer Kahraman*, § 69, *Mehmet Bayrakçı*, § 70, *Ebru Bilgin*, § 81).

29. Yine bu değerlendirmelere göre çalışanların yaşamlarına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşarak onların manevi bütünlüklerini tehdit eden ve psikolojik taciz olarak nitelendirilen eylem, işlem ya da ihmaller konusunda Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında devletin üstlenmesi gereken pozitif yükümlülükler temel olarak şöyle sıralanabilir:

i. Çalışanlara yönelen psikolojik taciz mahiyetindeki davranışların oluşmaması için önlemler alınması

ii. Şikâyetleri etkili şekilde inceleyecek denetim mekanizmalarının oluşturulması

iii. Pozitif ayrıcalıklar tanınması gereken çalışanların önündeki güçlüklerin kaldırılması ve kolaylaştırıcı imkânlardan yararlandırılmasının sağlanması

iv. Yıldırıcı ve kasıtlı tutumlara maruz kalanların uğradıkları maddi ve manevi zararlarının giderilmesi ya da ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yasal altyapının oluşturulması ve suç teşkil eden durumlarda sorumluların yasal çerçevede cezalandırılmalarının sağlanması

v. Oluşan zararların tazmin edilmesi amacıyla açılan davalarda mağdurların haklarını adil şartlarda savunabileceği etkili usule ilişkin güvencelerden yararlandırılması ve yargılamalar sonucunda temel hakların içerdiği güvenceleri koruyacak şekilde mahkemelerce ulaşılan sonuçların ilgili ve yeterli gerekçelerle açıklanması (*Mehmet Bayrakçı*, § 71; *Ebru Bilgin*, § 82).

30. Anayasa Mahkemesince yapılan değerlendirmelerde mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmenin öncelikle derece mahkemelerinin

yetki ve sorumluluk alanında olduğu da daha önceki kararlarda sıklıkla vurgulanmıştır. Sistemli ve kasıtlı olarak haksız şekilde gerçekleştirildiği iddia edilen eylem, işlem ve ihmallerin psikolojik taciz olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine yönelik olarak yapılacak incelemede olayın tüm tarafları ile doğrudan temas hâlinde bulunan derece mahkemelerinin olayın koşullarını değerlendirmek açısından daha avantajlı konumda bulunduğu tartışmasızdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin rolü bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır (Aynur Özdemir ve diğerleri, § 81; Hacer Kahraman, § 70, Mehmet Bayrakçı, § 72, Ebru Bilgin, § 83).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

31. Başvurucu; amiri konumundaki H.Ö.U.nun davranışları nedeniyle kendisine sistemli bir biçimde psikolojik taciz uygulandığını, bu hususta önlemlerin alınmadığını ve ruh sağlığının bozulduğunu belirtmektedir. Başvurucunun maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik olarak işyerinde maruz kaldığını ileri sürdüğü söz konusu ihlal iddialarının yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında ele alınması gerekir.

32. Somut olayla ilgili olarak başvurucu İdareye ve Başsavcılığa şikâyetinde bulunmuştur. Başsavcılığın görevsizlik kararından sonra İdare tarafından soruşturmacı tayin edilen G.A. tarafından hazırlanan raporda H.Ö.U.nun eleştiri sınırlarını aşan aşağılayıcı sözler kullandığı, bu tip davranışların süreklilik arz etmesi hâlinde psikolojik tacizden söz edilebileceği gibi süreklilik arz etmese dahi kişilik haklarına aykırılığın mevcut olduğundan söz edilmesi gerektiği belirtilerek H.Ö.U. hakkında lüzumu muhakeme kararı verilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir (bkz. § 10). Bununla birlikte bu hususta İdare tarafından sonuçlandırılmış bir disiplin soruşturmasının veya Başsavcılık tarafından yürütülmüş bir adli soruşturmanın olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim İdare tarafından derece mahkemesi dosyalarına sunulan savunma dilekçelerinde de bu konuda herhangi bir bilgi veya belgenin bulunmadığı görülmüştür.

33. Öte yandan başvurucu hakkında düzenlenen tıbbi belgeleme ve bilimsel değerlendirme raporunda somatik yakınmalı major depresif bozukluk tanısı konulduğu, konulan tanının başvurucunun işyerinde yaşadığı olaylarla uyumlu olduğu ancak somut olayın işyerinin sosyal çalışmacılar tarafından incelenmesi sonrasında bütün olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir (bkz. § 8).

34. İdare Mahkemesi kararında ise disiplin soruşturması veya ceza yargılaması sonucunda maddi ve manevi zararların tazmini talebiyle tam yargı davası açılabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte G.A. tarafından

hazırlanan raporda konuyla ilgili olarak psikolojik taciz değil kişisel hakaret değerlendirilmesi yapıldığı ve başvuru hukuk mahkemelerinde tazminat davası açabileceği İdare Mahkemesince vurgulanmıştır (bkz. § 13).

35. Başvurucunun maruz kaldığı ifade ve davranışların başvuru yaşamına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşmış olup ulaşmadığı değerlendirilirken süreç içinde gerçekleşen vakıaların tümünün birlikte değerlendirilmesi gerektiği tartışmasızdır.

36. Somut başvuruda, H.Ö.U.nun başvurucuya yönelik ifade ve davranışlarının -başvurucunun muhtelif zamanlarda İdareye verdiği şikâyet dilekçeleri, Başsavcılığa ilettiği şikâyet dilekçesi, başvuru hakkında düzenlenen tıbbi belgeleme ve bilimsel değerlendirme raporu ve G.A. tarafından hazırlanan rapor ile devam eden sürecin uzunluğu dikkate alındığında- süreklilik arz ettiği ve başvuru yaşamına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaştığı değerlendirilmiştir.

37. Somut olayda başvuru tarafından ileri sürülen şikâyetler doğrultusunda etkili bir idari soruşturmanın yapılmadığı ve psikolojik taciz uyguladığı ileri sürülen H.Ö.U.nun bahse konu davranışlarının tekrarlanmaması için önlemler alınması konusunda idare tarafından gereken özenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Zira başvuru tarihli ilk şikâyet dilekçesinden hareketle değil H.Ö.U.nun başvuru ve N.A. hakkındaki şikâyet dilekçesinden hareketle 7/9/2015 tarihinde idare tarafından C.E.Y. soruşturmacı olarak görevlendirilmiştir. Akabinde Başsavcılığın verdiği görevsizlik kararı ve C.E.Y.nin yürüttüğü soruşturmayı sonuçlandıramayacağına yönelik beyanı neticesinde G.A.nın soruşturmacı olarak görevlendirildiği görülmüştür. Nitekim G.A.nın hazırladığı raporda da lüzumu muhakeme kararı verilmesinin uygun olduğu kanaati belirtilmiş, herhangi bir disiplin yaptırımı öngörülmemiştir. Öte yandan bahse konu raporda psikolojik tacizin olmadığı yönünde katı bir değerlendirme olmamasına rağmen İdare Mahkemesince bu rapordan hareketle idarenin kusurunun bulunmadığı kabul edilerek başvurucuya H.Ö.U.ya karşı adli yargıda tazminat davası açma yolu gösterilmiştir.

38. Kamusal makamlar, psikolojik taciz oluşturan durumları tespitle yetinmemeli; bu tür davranışların oluşmaması ya da telafi edilmesi amacıyla etkili önlemleri hızla almalıdır. Bununla birlikte somut olaydaki tam yargı davasının maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı bağlamında giderim sağlayacak yol olduğu tartışmasızdır. Bu bağlamda somut olayda idare tarafından sonuçlanmış bir disiplin soruşturması yürütülmediği, açılan tam yargı davasında İdare Mahkemesince ulaşılan ret sonucunun kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının içerdiği güvenceleri koruyacak ve başvuru zararlarını tazmin edecek şekilde ilgili ve yeterli gerekçeler içermediği sonucuna ulaşılmıştır.

39. Sonuç olarak somut olayda kamusal makamlar tarafından etkili önlemler alınmaması ve yürütülen yargılamalar sonucunda derece mahkemelerince ulaşılan sonuçların ilgili ve yeterli gerekçelerle açıklanmaması nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında kamusal makamlarca üstlenilmesi gereken pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği kanaatine varılmıştır.

40. Açıklanan gerekçelerle başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. Giderim Yönünden

41. Tespit edilen ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ilişkin usul ve esaslar 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinde yer almaktadır.

42. Başvuruda tespit edilen hak ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Bu kapsamda kararın gönderildiği yargı mercilerince yapılması gereken iş yeniden yargılama işlemlerini başlatmak ve Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar vermektir (6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasında düzenlenen bireysel başvuruya özgü yeniden yargılama kurumunun özelliklerine ilişkin kapsamlı açıklamalar için bkz. *Mehmet Doğan* [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 54-60; *Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019, §§ 53-60, 66; *Kadri Enis Berberoğlu* (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021, §§ 93-100).

43. Öte yandan ihlalin niteliğine göre yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından başvurunun tazminat talebi kabul edilmemiştir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 7. İdare Mahkemesine (E.2016/816, K.2017/886) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurunun tazminat talebinin REDDİNE,

E. 294,70 TL harç ve 4.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 4.794,70 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin bilgi için Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 12/1/2022 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

ULUSLARARASI SÖZLEŞME İLE İÇ HUKUKUN ÇATIŞMASI- SOSYAL GÜVENLİK SÖZLEŞMESİNDE HÜKÜM BULUNAN HALLERDE YURTDIŞI SİGORTALILIK BAŞLANGICININ TÜRKİYE’DE SİGORTALILIK BAŞLANGIÇ TARİHİ OLARAK KABUL EDİLEBİLMESİ İÇİN, 3201 SAYILI KANUN KAPSAMINDA BORÇLANMANIN GEREKİP GEREKMEDİĞİ

T.C.

YARGITAY

HUKUK GENEL KURULU

ESAS NO : 2017/2391

KARAR NO: 2021/963

TARİHİ : 07.07.2021

DAVA:

1. Taraflar arasındaki “Tespit” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, ... 8. ... Mahkemesince verilen davanın kabulüne ilişkin karar davalı ... vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 10. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin 01.09.1987 tarihinden itibaren ...Emeklilik Kurumu sigortalısı olduğunu, 13.06.2013 (2014) tarihli dilekçesi ile Türkiye’de 5510 sayılı Kanun’un 4/1-a maddesi kapsamındaki 6 günlük hizmeti de dikkate alınarak 3201 sayılı Kanun hükümlerine göre yurt dışında Türk vatandaşı iken geçen sürelerini borçlanma talebinde bulunduğunu, davalı Kurumca borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olmadığı gerekçesiyle başvurusunun reddedildiğini, ancak gerek 5901 sayılı gerekse mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu hükümleri uyarınca doğumla Türk vatandaşı olup da izinle vatandaşlıktan çıkanların sosyal güvenlikle ilgili kazanılmış haklarının saklı tutulduğunu ayrıca Türkiye ile ...arasında yapılan Sosyal

Güvenlik Sözleşmesinin 29. maddesindeki emredici hükmün nazara alınması gerektiğini ileri sürerek; davalı Kurumun 01.07.2014 tarihli ve 9.687.874 sayılı işleminin iptaline, müvekkilinin yurt dışında Türk vatandaşı iken çalıştığı ve boşta geçen sürelerle ilişkin borçlanma talebinin 5510 sayılı Kanun'un 4/1-a maddesi kapsamında kabul edilmesi ve başvuru tarihindeki günlük ödemenin esas alınması gerektiği ile Almanya'daki sigorta başlangıç tarihinin Türkiye'de sigorta başlangıç tarihi olduğunun tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı ... (SGK/Kurum) vekili cevap dilekçesinde; 3201 sayılı Kanun hükümlerine göre borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olmayan davacının borçlanma imkânı bulunmadığını, öte yandan 3201 sayılı Kanun'un 5. maddesinde borçlanma suretiyle iç mevzuata göre Türkiye'de geçmiş gibi kazandırılan hizmetler bakımından sigortalılık süresinin başlangıcına ilişkin düzenlemelere yer verildiğini, Almanya'daki sigortalılık başlangıç tarihinin Türkiye'de sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabulüne ilişkin talebin sözü edilen madde hükmüne aykırı olduğunu belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

6. ... 8. ... Mahkemesinin 09.02.2015 tarihli ve 2014/2123 E., 2015/188 K. sayılı kararı ile, davacının çifte vatandaşlığın mümkün olmaması nedeniyle Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığından çıkarıldığı, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca doğumla Türk vatandaşı olup da izinle vatandaşlıktan çıkanların milli güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla ikamet, çalışma, miras, taşınır ve taşınmaz mal iktisabı ve ferağı gibi konularda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaya devam edecekleri, bu Kanun ile 3201 sayılı Kanun hükümleri birlikte değerlendirildiğinde davacının yurt dışında geçen çalışma sürelerini borçlanabileceği, öte yandan Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uluslararası sözleşme hükümlerine üstünlük tanınması gerektiği, bu nedenle Türkiye ile Almanya arasında yapılan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4. maddesi uyarınca davacının 18 yaşını doldurduğu ve Alman Rant Sigortasına giriş tarihi olan 03.03.1988 tarihinin Türkiye'de sigortalılık başlangıç tarihi olduğunun tespiti gerektiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. ... 8. ... Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararı süresi içinde davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

8. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 17.09.2015 tarihli ve 2015/9962 E.-2015/15571 K. sayılı kararı ile, "...1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davalı Kurum'un sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Mahkemenin, henüz yapılmış bir borçlanma işlemi bulunmadan, sigorta başlangıcına ilişkin kabulü eksik inceleme ve araştırmaya dayalıdır.

Uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık süresini düzenleyen 5510 sayılı Kanunun 38'inci madde hükmü; malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcını; sigortalının, 5417, 6900, 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20'nci maddesi kapsamındaki sandıklara veya bu Kanuna tâbi olarak malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edileceğini; kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresinin, 18 yaşının ikmal edildiği tarihte başlamış olacağını, bu tarihten önceki süreler için ödenen malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin, prim ödeme gün sayısı hesabına dâhil edileceğini öngörürken, Uluslararası sosyal güvenlik sözleşme hükümlerini saklı tutmuştur.

Kaldı ki, Anayasamızın 90/son maddesi uyarınca, yöntemince yürürlüğe konulmuş Uluslararası sözleşmeler kanun hükmünde olduğu gibi, normlar hiyerarşisi yönünden uluslararası sözleşme kurallarına uygulamada yasal güç tanınmakta ve bu kuralların uygulanma önceliği de haiz bulunmaktadır.

Konuya ilişkin 10.04.1965 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak 01.11.1965 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin uzun vadeli sigorta kollarından olan "Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları (aylıkları)" başlıklı beşinci bölüme 02.11.1984 tarihinde imzalanıp 05.12.1985 tarihli 3241 sayılı Yasayla onaylanıp yürürlüğe giren Ek Sözleşme ile getirilen sözleşmenin 29'uncu maddesinin 4'üncü bent hükmüne göre, bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce, bir Alman Rant Sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına giriş tarihi, Türk Sigortasına giriş tarihi olarak kabul edileceği açıkça ifade edilirken; aynı bölümde düzenlenmiş 27'inci madde hükmü ise, her iki akit taraf mevzuatına göre nazara alınabilecek sigortalılık sürelerinin varlığı halinde, uygulanacak mevzuata göre yardım hakkının doğmasında, diğer akit taraf mevzuatına göre geçen ve aynı zamana rastlamayan, hesaba dahil edilebilir nitelikteki sigortalılık sürelerinin de nazara alınacağını; sigortalılık sürelerinin hangi ölçüde hesaba dahil edilebileceğini ise, hesaba dahil edilebilirliğini tayin eden mevzuata göre tespit edileceği ifade edilmiştir.

Nitekim Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının yurt dışında geçirdikleri çalışma sürelerinin sosyal güvenlikleri açısından değerlendirilebilmesi amacıyla 22.05.1985 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunan 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Ka-

nunla, Türk vatandaşlarının yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri halinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirileceğini öngörmüştür.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 13.2.2002 T., 2002/10-21 E., 2002/70 K. sayılı anılan kararında belirtildiği üzere; Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29'uncu maddesinin 4'üncü bendinde, "Bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman Rant Sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına girişi, Türk sigortasına giriş olarak kabul edilir." Hükmüne yer verilmiş ise de bu hüküm, sözleşmenin 27'inci ve 29'uncu maddeyle bir bütün olarak yorumlanmadıkça tek başına uygulanamaz. Nitekim 29'uncu maddenin 3'üncü bendinde, 27'inci maddeye yollamada bulunularak, "...ancak, sözleşmenin 27'inci maddesine göre bir aylık veya gelir talep etme hakkının mevcut olması halinde, aşağıdaki hükümler uygulanır." Denmektedir. Kaldı ki, sözleşme hukukunda, sözleşme bir bütün olarak yorumlanıp aleyhe ve lehe olan hükümler birlikte uygulanır. Bu ilke, özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi sosyal güvenlik sözleşmeleri bakımından da geçerlidir.(Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 28, Sayı 5, Mayıs 2002, s. 685-686.)

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, anılan sözleşme hükmünün uygulanabilmesi, Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti arasında imzalanan sosyal güvenlik sözleşmesi kapsamında, Türkiye'de sigorta başlangıcına esas olan Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin, 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanılması ile mümkündür.

Öte yandan; 11.09.2014 tarihli Mükerrer Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanunun 29'uncu maddesi ile 3201 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin beşinci fıkrasına "Ancak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilir." cümlesi eklenerek; yurtdışında ilk defa çalışmaya başlayanların bu çalışmalarının ilgili sözleşme kapsamında Türkiye'de sigorta başlangıç tarihi olarak kabul edilebilmesi 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanma yapma şartına bağlanmıştır.

Unutulmamalıdır ki Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin Türk sigorta başlangıcı olarak kabulü özünde söz konusu tarih itibariyle bir gün çalışıldığının kabulü anlamını da taşımaktadır. Bu nedenle, Türk sigorta başlangıcı olarak kabul edilen tarihe ilişkin sürenin fiilen borçlanılmış ve Türk sosyal güvenliği bakımından değerlendirilebilir hale getirilmiş olmasını aramak, yerinde

olacaktır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.06.2015 gün, 2013/10-2279 Esas, 2015/1726 Karar).

Şu halde yapılması gereken ...; davacı tarafa yöntemine uygun şekilde verilecek mehille, Alman Rant sigortasına giriş tarihini içerecek şekilde yurt dışı borçlanmasının usulünce sağlanması ve borçlanmanın varlığı halinde sigorta başlangıcına hükmedilmesinden ibarettir.

Şüphesiz 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanılmamış olsa bile, sözleşmede bahsedilen sigorta başlangıcı hükmü kısmi sözleşme aylığında nazara alınabilecektir.

O hâlde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...” gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. ... 8. ... Mahkemesinin 26.05.2016 tarihli ve 2015/901 E.- 2016/174 K. sayılı kararı ile; Türkiye ile Federal Almanya arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4. maddesinde Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin Türkiye’de sigorta başlangıç tarihi olarak kabulünün koşula bağlanmadığı, borçlanma zorunluluğu getirilmediği, Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca uluslararası sözleşme hükümlerine üstünlük tanınması gerektiği ayrıca iç hukukta da sigorta başlangıcını prim ödeme zorunluluğuna bağlayan bir hüküm yer almadığı, Hukuk Genel Kurulunun 2015/10-783 E., 2015/2892 K. sayılı kararının da aynı yönde olduğu gerekçesiyle önceki hükümde direnilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; yurt dışında geçen çalışmaların Türkiye’de sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilebilmesi için, 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanmanın gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır

III. GEREKÇE

12. Konuyla ilgisi bakımından öncelikle sigortalılık süresinin başlangıcı kavramına açıklık getirilmesinde yarar bulunmaktadır.

13. Uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık süresini düzenleyen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun (5510 sayılı Kanun) 38. maddesi hükmü; malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcını; sigortalının 5417, 6900, 506, 1479, 2925, 2926 sayılı Kanunlara ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu’na, 506 sayılı Sosyal Sigortalar

Kanunu'nun geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıklara veya bu Kanuna tâbi olarak malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edileceğini; Kanun'un uygulanmasında 18 yaşından önce malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresinin 18 yaşının ikmal edildiği tarihte başlamış olacağını, bu tarihten önceki süreler için ödenen malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin, prim ödeme gün sayısı hesabına dâhil edileceğini öngörürken uluslararası sosyal güvenlik sözleşme hükümlerini saklı tutmuştur.

14. Mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 108. maddesinde ise, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında nazara alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı, sigortalının yürürlükten kaldırılmış 5417 ve 6900 sayılı Kanunlara veya bu Kanuna tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarih olarak belirtilmiştir.

15. Yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının sigortalılık başlangıcı yönünden ise, buldukları ülke ile yapılan ikili uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde açık hüküm bulunmayan veya hiç sözleşme yapılmayan ülkelerde bulunanların durumu 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un (3201 sayılı Kanun) 5. maddesinde düzenlenmiş olup, 5. maddede, borçlanma konusu hizmetlerinden sonra Türkiye'de tescili bulunan sigortalılar yönünden sigortalılık başlangıcının tescil tarihinden itibaren borçlanılan süre kadar geriye gidilerek bulunacak tarih olacağı, hiç tescili olmayanlar için de, borcun tamamen ödendiği tarihten borçlanma süresi kadar geriye gidilerek bulunacak tarihin sigortalılık başlangıç tarihi kabul edileceği hükme bağlanmıştır.

16. 17.04.2008 tarihli ve 5754 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile 3201 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen fıkradaki "Sosyal Güvenlik Sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmaz" düzenlemesi ile yurt dışında geçen çalışmaların Türkiye'de sigortalılık başlangıcı sayılmayacağı kabul edilmiştir.

17. Daha sonra 11.09.2014 tarihli ve 6552 ... Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un (6552 sayılı Kanun) 29. maddesi ile 3201 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 5754 sayılı Kanun ile eklenen fıkrasına "ancak, uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilir" cümlesi eklenerek, yurt dışında geçen ve

uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan akit ülke ile yapılan sözleşme-
de özel hüküm bulunması hâlinde, yurt dışında geçen çalışmanın Türkiye’de
sigortalılık başlangıç tarihi kabul edilebilmesi için sigortalılık süresinin borç-
lanılması gerektiği belirtilmiştir.

18. Öte yandan, 10.04.1965 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak
01.11.1965 tarihinde yürürlüğe giren Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Feder-
al Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin (Sözleş-
me) uzun vadeli sigorta kollarından olan “Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigor-
taları (aylıkları)” başlıklı beşinci bölümüne, 02.11.1984 tarihinde imzalanıp
05.12.1985 tarihli 3241 sayılı Kanun ile onaylanıp yürürlüğe giren Ek Sözleş-
me ile getirilen Sözleşmenin 29. maddesinin 4. fıkrası hükmü ile, bir kimsenin
Türk sigortasına girişinden önce bir Alman Rant Sigortasına girmiş bulunması
hâlinde, Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin Türk Sigortasına giriş tarihi
olarak kabul edileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle Ek Sözleşmenin 29.
maddesinin 4. fıkrası hükmü uyarınca yurtdışında ilk defa çalışmaya başlanı-
lan tarihin Türkiye’de sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi gerek-
mektedir.

19. Bu durumda aynı konu hakkında bir tarafta iç hukuk alanında kabul edi-
len bir yasa kuralı diğer tarafta uluslararası sözleşmede yer alan farklı bir dü-
zenleme bulunmakta olup hangisine öncelik tanınması gerektiği konusundaki
sorunun kurallar kademelenmesindeki (Normlar Hiyerarşisindeki) sıralamaya
göre çözümlenmesi gerektiği noktasında kuşku bulunmamaktadır.

20. 2004 yılında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın (Anayasa) 90. mad-
desinde 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin De-
ğiştirilmesi Hakkındaki Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda, uluslararası
temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümlerinin iç hukuk hükümleri
ile çatışması hâlinde sözleşmeye öncelik verilmesi esası kabul edilmiştir. Bu
kapsamda sosyal güvenlik hakkının temel hak ve özgürlüklerden olduğu Avru-
pa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla belirgin bulunmaktadır.

21. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 90. maddesinin son fıkrasında be-
lirtildiği üzere yöntemine göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler
kanun hükmündedir. Öyle ki, bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile
Anayasa Mahkemesine dahi başvurulamaz. Anayasa, böylece uluslararası söz-
leşmenin bir kuralını iç hukuk açısından “Yasa” gücünde görmüş “normlar
hiyerarşisi” yönünden daha alt sırada kabul etmemiştir. Bu durumda denilebilir
ki, uluslararası sözleşmenin bir kuralına uygulanma açısından yasal güç tanı-
mak Anayasal bir zorunluluktur (HGK’nın 09.12.2015 tarihli ve 2015/10-1824
E., 2015/2903 K. sayılı kararı).

22. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, Türkiye Cum-
huriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında imzalanan Sosyal Güven-

lik Sözleşmesi'nin 29. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “Bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman rant sigortasına girmiş olması halinde, Alman rant sigortasına girişi, Türk sigortasına giriş olarak kabul edilir.” düzenlemesi nedeniyle davacının Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin Türkiye'deki sigortalılığın başlangıcı olarak kabul edilebilmesi için borçlanmanın varlığına dair ilgili Sözleşme'de bir hüküm bulunmadığına göre, borçlanma işleminin yapılmasına gerek olmadığına kabulü gerekir.

23. Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 09.12.2015 tarihli ve 2014/10-628 E., 2015/2837 K.; 18.01.2017 tarihli ve 2014/10-2380 E., 2017/26 K. ve 12.04.2017 tarihli ve 2015/10-78 E., 2017/720 K. ile 04.11.2020 tarihli ve 2017/10-237 E., 2020/841 K. sayılı kararlarında da aynı sonuca varılmıştır.

24. Hâl böyle olunca, mahkemenin davacının Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin Türkiye'deki sigortalılığının başlangıç tarihi olarak kabul edilebilmesi için borçlanma işlemine gerek olmadığına yönelik direnme kararı yerindedir.

25. Dava tarihinin 29.08.2014 olmasına rağmen direnme kararında “23.11.2015” olarak yazılması ise, mahallinde her zaman düzeltilebilecek maddi hata olarak değerlendirilmiş ve işin esasına etkili görülmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır.

26. O hâlde direnme kararı onanmalıdır.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davalı ... vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının ONANMASINA,

Karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 07.07.2021 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

ASGARİ ÜCRETİN BELİRLİ BİR ORAN FAZLASI ÜCRET ÜZERİNDEN ALT İŞVEREN İŞÇİSİ OLARAK ÇALIŞAN İŞÇİNİN, 696 SAYILI KHK UYARINCA SÜREKLİ İŞÇİ KADROSUNA GEÇMESİYLE BİRLİKTE, KADROYA GEÇMEDEN ÖNCE BELİRLENEN ÜCRET ÜZERİNDEN ÇALIŞMAYA DEVAM ETMESİNİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI

T.C.

YARGITAY

HUKUK GENEL KURULU

ESAS NO : 2021/9-402

KARAR NO: 2021/1442

TARİHİ : 18/11/2021

DAVA:

1. Taraflar arasındaki “işçilik alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda,... 28. İş Mahkemesince verilen davanın kısmen kabulüne ilişkin karara karşı davalı vekili tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine ... Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesinin istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararı davalı vekilinin temyizi nedeniyle Yargıtay 9. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, ilk derece mahkemesince Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin davalı ... Bakanlığı'na (Bakanlık/İdare) bağlı devlet hastanesinde 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında sürekli işçi kadrosunda özel güvenlik görevlisi olarak çalıştığını, 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kadroya geçirilirken davalı İdare ile belirsiz süreli iş sözleşmesi imzaladığını ve iş sözleşmesinin ücret kısmında belirli bir rakam yazılmayıp “asgari ücretin %... fazlası” şeklinde hükme yer verildiğini, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye eklenen Geçici 23. madde gereğince müvekkilinin kadroya geçmeden önce aldığı ücret ile diğer malî ve sosyal haklarının kadroya geçtikten sonra da uygulanmaya

devam etmesi gerektiğini, müvekkilinin alt işveren şirkette çalışırken davalı İdarenin yapmış olduğu hizmet alım ihalesi gereğince asgari ücretin %28 fazlası ücretle çalıştığını, sürekli işçi kadrosuna geçirildikten sonra da 31.12.2018 tarihine kadar asgari ücretin %28 fazlası üzerinden ücret aldığını, ancak Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının 01.02.2019 tarihli yazısına istinaden yanlış bir yorumla davalı İdare tarafından müvekkilinin ücretinin 2019 yılında uygulanan asgari ücret seviyesine çekilmek ve bu ücrete %4 zam uygulanmak suretiyle düşürüldüğünü, ücretin düşürülebilmesi için müvekkilinin yazılı muvafakat vermediğini, 2019 yılının Ocak ayından itibaren müvekkilinin ücretini eksik aldığını ileri sürerek fark ücret, ilave tediye, ikramiye, fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı T.C. ... Bakanlığının vekili cevap dilekçesinde; 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Geçici 23. maddesiyle sürekli işçi kadrosuna geçişler yapıldığını, 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve daha sonra yayımlanan yönetmelikler doğrultusunda ücretlerin belirlendiğini, davacının talebinin hukukî dayanağının olmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

6. ... 28. İş Mahkemesinin 28.01.2020 tarihli ve 2019/320 E., 2020/28 K. sayılı kararı ile; davacının alt işveren işçisi olarak çalışırken sürekli işçi kadrosuna geçtiği, 31.12.2018 tarihine kadar davalı Bakanlık ile dava dışı alt işveren şirket arasındaki özel güvenlik hizmetleri alım ihalesi sözleşmesine göre asgari ücretin belirli oranda fazlası ücretle çalıştığı, ancak 2019 yılının Ocak ayından itibaren aylık ücretinin asgari ücretin %4 fazlası olarak ödendiği, davacı işçinin aylık ücretinin düşürülmesinin iş sözleşmesinde esaslı değişiklik niteliğinde olup davacının yazılı rızasının gerektiği, fakat ücretin düşürülmesine davacı işçi tarafından yazılı muvafakat verildiğine dair belge ya da sözleşme bulunmadığı, aylık ücretin 2019 yılının Ocak ayından dava tarihine kadar eksik ödendiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı:

7. ... 28. İş Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı davalı vekili tarafından süresi içinde istinaf yoluna başvurulmuştur.

8. ... Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesinin 07.07.2020 tarihli ve 2020/1137 E., 2020/1629 K. sayılı kararı ile; Sağlık Bakanlığına bağlı hastanelerde sürekli işçi kadrosuna geçirilmeden önce işçilerin ücretlerinin ihale şartnameleri ile "asgari ücretin %.... fazlası" olarak belirlendiği, uygulamada bu ücretin asgari ücretin %34-%72 fazlası arasında değişen ücretler olduğu, 2018 yılında aynı ücretler ödenmeye devam ederken 2019 yılı Ocak ayında da

söz konusu ücretlerin temel alınmasının gerektiği, davalı tarafça ücret değişikliği teklifinde bulunulduğu ve davacının da değişikliği kabul ettiğine ilişkin bir belgenin ibraz edilmediği, bu durumda davacının ücretinin düşürülmesinin mümkün olmadığı, bilirkişi tarafından davacının önceki aldığı yüzdelik orana karşılık gelen ücret tespit edilerek, bu ücrete %4 oranında zam uygulanarak ücreti tespit edildikten sonra, ödenen ücret ile arasındaki fark ücret belirlendiğinden mahkeme kabulünde bir isabetsizliğe rastlanılmadığı, mahkemenin vakıa ve hukukî değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf isteminin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 353/1-b.1 bendi uyarınca esastan reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

9. ... Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesinin yukarıda belirtilen kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

10. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 28.10.2020 tarihli ve 2020/5663 E., 2020/14046 K. sayılı kararı ile; "...20.11.2017 tarih ve 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (01.02.2018 tarih ve 7079 sayılı Kanun'un 118. maddesi aynen kabul edilen) 127. maddesi ile 375 sayılı Kanun Hükmün Kararname'ye eklenen geçici 23. maddesinde maddede belirtilen kamu idareleri ve bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar ile ve yine maddede belirtilen idarelerin merkez ve taşra teşkilatlarında, 4734 sayılı Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında yükleniciler tarafından 04.12.2017 tarihi itibarıyla çalışmakta olanların, maddede öngörülen şartları taşımaları, yazılı olarak başvurmaları ve yapılacak sınavda başarılı olmaları kaydıyla sürekli işçi kadrolarına geçirilecekleri düzenlenmiştir.

Aynı düzenlemeye göre, "sürekli işçi kadrolarına geçirileceklerin kadroları, başka bir işleme gerek kalmaksızın geçiş işleminin yapıldığı tarih itibarıyla sürekli işçi unvanı ile ihdas edilmiş sayılır. İhdas edilen kadrolar ilgili idarelerce adedi, bütçe ve teşkilatı ile birimi/yerleşim yeri belirtilmek suretiyle geçiş işlemlerinin yapıldığı tarihten itibaren iki ay içinde Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığına bildirilir. Sözleşmeleri askıya alınanlar ile askerde bulunanların kadroları hariç olmak üzere bu şekilde ihdas edilen sürekalı işçi kadroları, herhangi bir sebeple boşalması halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır" (375 sayılı KHK, geçici m. 23/4).

696 Sayılı KHK ile 375 Sayılı KHK'ya eklenen geçici 23. maddesinde yüklenici çalışanlarının sürekli işçi kadrolarına geçirilmelerinden dolayı kamu maliyesine ek bir yük getirilmemesi de göz önünde bulundurulmuştur. Buna göre, "sürekli işçi kadrolarına geçirilenlerden, geçiş işlemi yapılırken mevcut işyerinin girdiği işkolunda kurulu işyerinden bildirilenlerin ücreti ile diğer

mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitimine kadar bu toplu iş sözleşmesinin uygulanması suretiyle oluşan ücret ile diğer mali ve sosyal haklardan fazla olamaz. Sürekli işçi kadrolarına geçirilenlerden; geçişten önce toplu iş sözleşmesi bulunmadığından kadroya geçirildiği tarihte yürürlükte olan bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin geçerli olduğu işçiler ile geçiş işleminden önce yapılan ve geçişten sonra yararlanmaya devam ettiği toplu iş sözleşmesi bulunmakla birlikte bu madde kapsamındaki idarelerde alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitiminden önce toplu iş sözleşmesi sona eren işçilerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesine göre belirlenir. Bu madde kapsamındaki idarelerde; 6356 Sayılı Kanunun geçici 7 inci maddesinde belirtilen mevcut işyerleri bakımından anılan Kanuna uygun olarak yetki başvurusunda bulunulabilir, ancak geçiş yapılan işçiler için yeni tescil edilen işyerlerinde, geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra yetki başvurusunda bulunulabilir”.

696 Sayılı KHK ile 375 sayılı KHK’ya eklenen geçici 24. maddesinde ise, il özel idareleri ve belediyeler ile bağlı kuruluşlarında ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birliklerinde, birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşlarına ait şirketlerde çalışanların mahalli idareler ve birlikleri tarafından kurulacak şirketlerde işçi statüsünde çalıştırılmaları öngörülmüş; şirketlerde çalıştırılacakların ücret ile diğer mali ve sosyal hakları konusunda 375 Sayılı KHK’nın geçici 23. maddesi hükümlerine paralel düzenlemelere yer verilmiştir.

Hizmet alım sözleşmelerinde yüklenici tarafından istihdam edilen işçilerin ücretlerinin asgari ücretin katları ya da asgari ücretin belirli bir oran fazlası şeklinde belirlenmesi hizmet alım sözleşmesinin devam ettiği döneme ilişkin uygulamadır. 696 Sayılı KHK ile 375 Sayılı KHK’ya eklenen geçici 23 ve 24. maddeleri uyarınca sürekli işçi kadrolarına geçirileceklerin istihdam edilmesine esas hizmet alım sözleşmeleri, geçiş işleminin yapıldığı tarih itibariyle feshedilmiş sayılır. Sürekli işçi kadrolarına geçirilmeye ilgili söz konusu düzenlemenin hizmet alım sözleşmeleri kapsamında çalışanların daha önce ücret ile diğer mali ve sosyal haklarını asgari ücretle irtibatlandıran uygulamalara son verdiği açıktır. Yükleniciler tarafından istihdam edilip de sınavla sürekli işçi kadrolarına geçen işçilerin ücret ile diğer mali ve sosyal haklarının yeni süreçte Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan toplu iş sözleşme-

sinin uygulanması ile oluşan ücret ile diğer mali ve sosyal haklardan fazla olamayacağına ilişkin yukarıda belirtilen açık ve emredici yasal düzenleme karşısında, İş Kanunu'nun 22. ve 62. maddesi hükümlerinin ihlalden söz edilemez. Belirtmek gerekir ki, sürekli kadroya geçirildikten sonra kamu kurum ve kuruluşlarınca bireysel iş sözleşmesinin yapılmamış olması da varılan bu sonuca etkili değildir.

Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü tarafından 98425987-045.02. E 282980 sayılı 01.02.2019 tarihli görüş bildirildiği,..." toplu iş sözleşmesinin ücret zammı maddesinde 01.01.2019 tarihindeki ücretlerine % 4 oranında zam yapılacağı belirtildiğinden, günlük çıplak ücretleri günlük 85,28-TL'nin altında kalan işçilerin ücretlerinin asgari ücret seviyesine yükseltilmesi ve miktarın üzerine Bakanlığımızca ilan edilen toplu iş sözleşmeleri gereğince 01.01.2019 tarihinden geçerli olmak üzere % 4 oranında zam yapılması ..." şeklinde belirtildiği anlaşılmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, hizmet alım sözleşmeleri ve şartnamede öngörülen asgari ücretin belli bir oranda fazlası dikkate alınarak belirlenen tutar davacının kadroya geçiş ücreti olarak belirlendikten sonra Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan Toplu İş Sözleşmesi zamları uygulanmıştır. Sözü edilen uygulama Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü'nün görüş yazısına uygun olup, hükme esas alınan bilirkişi raporunda 01.01.2019 tarihi itibarıyla artan asgari ücretin belli bir oranı üzerinden ücret tespiti ile bu ücrete %4 artış uygulanması isabetli değildir. Davacının ücreti 2018 yılı asgari ücretinin hizmet alım sözleşmelerinde yer alan oranına göre belirlenmiş, 2018 yılı birinci ve ikinci dönem ücret artışları toplu iş sözleşmesi gereği uygulanmış ve 01.01.2019 tarihindeki %4 ücret artışı da 31.12.2018 tarihinde almakta olduğu ücrete tatbik edilerek belirlenmiştir. Dava dilekçesinde iddia edildiği gibi 01.01.2019 tarihinde, ücret asgari ücret seviyesine çekilerek daha sonra %4'lük artışa gidilmiş değildir.

Dairemizce onama kararı verilen 19.10.2020 gün ve 2020/6669 E. 2020/12373 K. sayılı ilama konu uyuşmazlıkta davacı işçinin kadroya geçişi aşamasında işverenle imzalanan iş sözleşmesinde açıkça asgari ücretin %25 fazlasının ödeneceğinin kararlaştırıldığı görülmektedir. Belirtmek gerekir ki; kadroya geçiş aşamasında işverenle imzalanan iş sözleşmesinde asgari ücretin belli bir oranda fazlasının ödeneceği kararlaştırılmışsa sözü edilen kural, her asgari ücret artış dönemi için işvereni bağlar. Bu nedenle Dairemizin sözü edilen onamaya dair kararında iş sözleşmesinin açık hükmü gereği ücret farkı ile diğer fark işçilik alacaklarının kabulüne dair sonuca gidilmiştir.

Davaya konu uyuşmazlıkta davacı işçinin kadroya alınması ile birlikte işverenle imzalanan iş sözleşmesinde asgari ücretin belli bir oranı seviyesinde ücret ödeneceği açıkça öngörülmediğinden yukarıda belirtilen onama kararı somut uyuşmazlık bakımından emsal niteliğinde değildir.

Yapılan açıklamalara göre davalı Bakanlık uygulaması yerinde olduğundan, dava konusu ücret, ilave tediye, ikramiye, fazla çalışma, ulusal bayram genel tatil ücretlerine dair fark taleplerin reddi gerekirken yazılı şekilde kabul dair hüküm kurulması hatalıdır...” gerekçesiyle Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozularak ortadan kaldırılmasına, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

Direnme Kararı:

11. ... 28. İş Mahkemesinin 29.12.2020 tarihli ve 2020/426 E., 2020/665 K. sayılı kararı ile; önceki gerekçe ve Bölge Adliye Mahkemesinin gerekçesi nedeniyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

12. Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

13. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı ... Bakanlığı ile dava dışı alt işveren şirket arasında imzalanan hizmet alım sözleşmesine göre asgari ücretin belirli bir oran fazlası ücret üzerinden alt işveren işçisi olarak çalışan davacının, 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca sürekli işçi kadrosuna geçmesiyle birlikte 01.01.2019 ve devamında kadroya geçmeden önce belirlenen asgari ücretin belirli bir oran fazlası ücret üzerinden çalışmaya devam etmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

14. Kamu kurumlarında 4734 sayılı Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında alt işveren şirketler tarafından 04.12.2017 tarihi itibarıyla çalıştırılmakta olan işçilerin, belirli şartları sağlamaları koşuluyla, ilgili kamu kurumunun sürekli işçi kadrosuna geçmesine imkân tanınmıştır.

15. Konuyla ilgili olarak 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (696 sayılı KHK), 24.12.2017 tarihli ve 30280 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

16. 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 127. maddesi ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye Geçici 23. ve 24. maddeler eklenmiş olup, bu düzenlemeler ile kamuya ait işyerlerinde personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında yüklenici tarafından 04.12.2017 tarihi itibarıyla çalıştırılmakta olan işçilerden KHK ile belirlenen şartları taşıyanlar, müracaatları üzerine kamu kurumlarının sürekli kadrolu işçisi sıfatını kazanmıştır.

17. 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Geçici 23. maddesi, 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan Mit Müsteşarlığı hariç kamu idareleri ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, bu Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı listede yer alan idarelerin merkez ve taşra teşkilatlarında; ödemeleri merkezi yönetim, sosyal güvenlik kurumu, fon, kefalet sandığı, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı, gençlik hizmetleri ve spor il müdürlüğü bütçelerinden veya döner sermaye bütçelerinden, anılan liste kapsamındaki diğer idareler için ise kendi bütçelerinden karşılanan 4734 sayılı Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında yükleniciler tarafından 04.12.2017 tarihi itibarıyla çalıştırılmakta olanlara ilişkin düzenlemeler içermektedir.

18. Anılan düzenlemeye göre yukarıda belirtilen şekilde çalışanların, 657 sayılı Kanunun 48. maddesinin (A) bendinin (1), (4), (5), (6), (7) ve (8) numaralı alt bentlerinde belirtilen şartları taşımak, herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak, bu kapsamda çalıştırılmalarına ilişkin olarak açtıkları davalardan ve/veya icra takiplerinden feragat edeceğine dair yazılı beyanda bulunmak, en son çalıştığı idare ile daha önce kamu kurum ve kuruluşlarında alt işveren işçisi olarak çalıştığı iş sözleşmelerinden dolayı bu madde ile tanınan haklar karşılığında herhangi bir hak ve alacak talebinde bulunmayacağını ve bu haklarından feragat ettiğine dair yazılı bir sulh sözleşmesi yapmayı kabul ettiğini yazılı olarak beyan etmek kaydıyla, idaresinin hizmet alım sözleşmesinin yapıldığı birimine, sürekli işçi kadrolarında istihdam edilmek üzere yazılı olarak başvurabileceği ve yapılacak sınavda başarılı olmaları kaydıyla sürekli işçi kadrolarına geçirilecekleri belirtilmiştir.

19. Yukarıda içeriğine yer verilen düzenleme il özel idareleri ve belediyeler ile bağlı kuruluşlarında ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birliklerinde, birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşlarına ait şirketlerde 4734 sayılı Kanun ve diğer mevzuat hükümleri uyarınca personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında yükleniciler tarafından 04.12.2017 tarihi itibarıyla çalıştırılmakta olan işçiler yönünden uygulanmak üzere Geçici 24. madde de aynen yer almıştır.

20. 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Geçici 23. maddesinin 4. fıkrası; "Sürekli işçi kadrolarına geçirileceklerin kadroları, başka bir işleme gerek kalmaksızın geçiş işleminin yapıldığı tarih itibarıyla sürekli işçi unvanı ile ihdas edilmiş sayılır. İhdas edilen kadrolar ilgili idarelerce adedi, bütçe ve teşkilatı ile birimi/yerleşim yeri belirtilmek suretiyle geçiş işlemlerinin yapıldığı tarihten itibaren iki ay içinde Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığına bildirilir. Sözleşmeleri askıya alınanlar ile askerde bulunanların

kadroları hariç olmak üzere bu şekilde ihdas edilen sürekli işçi kadroları, herhangi bir sebeple boşalması halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır.” hükmünü içermektedir.

21. Alt işveren işçisi olarak istihdam edilen ve hizmet alım sözleşmelerinde ücretleri asgari ücretin katı ya da belirli bir oran fazlası şeklinde belirlenen işçilerin hizmet alım sözleşmelerinin akıbetinin ne olacağı da yine 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de açıkça düzenlenmiştir.

22. 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin Geçici 23. maddenin 7. fıkrası; “Sürekli işçi kadrolarına geçirileceklerin istihdam edilmesine esas hizmet alım sözleşmeleri, birinci fıkrada öngörülen geçiş işleminin yapıldığı tarih itibarıyla feshedilmiş sayılır...” hükmünü içermektedir. Maddeye göre, hizmet alım sözleşmeleri kurumlarda geçiş işleminin yapıldığı tarih itibarıyla feshedilmiş sayılacağından hizmet alım sözleşmelerinde ücretlerin asgari ücretin katı ya da asgari ücretin belirli bir oran fazlası şeklinde belirlenmesinin hizmet alım sözleşmesinin devam ettiği döneme ilişkin uygulanacağı açıktır. Bu düzenleme ile sürekli işçi kadrosuna geçirilmeye birlikte hizmet alım sözleşmeleri kapsamında çalışanların daha önce ücret ile diğer malî ve sosyal haklarını asgari ücretle irtibatlandıran uygulamalara son verildiği anlaşılmaktadır.

23. 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin Geçici 24. maddesinin 2. fıkrasında; “Geçici 23 üncü maddenin ikinci, üçüncü, yedinci, sekizinci, dokuzuncu, onuncu, onikinci ve onaltıncı fıkraları hükümleri bu madde kapsamında yer alanlar hakkında da kıyasen uygulanır.” şeklinde düzenlenme bulunmakla, il özel idareleri ve belediyeler ile bağlı kuruluşlarında ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birliklerinde çalıştırılan yüklenici işçilerinin sürekli işçi kadrolarına geçirilmesiyle birlikte hizmet alım sözleşmelerinin feshedilmiş sayılacağı da madde hükmü gereğidir.

24. 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin Geçici 23. maddesinin 6.fıkrası ise, ödenecek ücret konusunda düzenlemeye yer vermiş olup, anılan hüküm “Sürekli işçi kadrolarına geçirilenlerden, geçiş işlemi yapılırken mevcut işyerinin girdiği işkolunda kurulu işyerinden bildirilenlerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitimine kadar bu toplu iş sözleşmesinin uygulanması suretiyle oluşan ücret ile diğer mali ve sosyal haklardan fazla olamaz. Sürekli işçi kadrolarına geçirilenlerden; geçişten önce toplu iş sözleşmesi bulunmadığından kadroya geçirildiği tarihte yürürlükte olan bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin geçerli olduğu işçiler ile geçiş işleminden önce yapılan ve geçişten sonra yararlanmaya devam ettiği toplu iş sözleşmesi bulunmakla birlikte bu madde kapsamındaki idarelerde alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan

ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitiminden önce toplu iş sözleşmesi sona eren işçilerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesine göre belirlenir. Bu madde kapsamındaki idarelerde; 6356 sayılı Kanunun geçici 7 nci maddesinde belirtilen mevcut işyerleri bakımından anılan Kanuna uygun olarak yetki başvurusunda bulunulabilir, ancak geçişi yapılan işçiler için yeni tescil edilen işyerlerinde, geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra yetki başvurusunda bulunulabilir.” şeklindedir. Belirtmek gerekir ki, aynı düzenlemeye Geçici 24. maddenin 4. fıkrasında da yer verilmiştir.

25. Alt işveren şirketler tarafından istihdam edilip de sınavla sürekli işçi kadrolarına geçirilen işçilerin ücret ile diğer mali ve sosyal haklarının yeni süreçte Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan toplu iş sözleşmesinin uygulanması ile oluşan ücret ile diğer malî ve sosyal haklardan fazla olmayacağına ilişkin yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler karşısında, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. ve 62. madde hükümlerinin ihlalinden söz edilemez. Belirtmek gerekir ki, sürekli kadroya geçirildikten sonra kamu kurum ve kuruluşlarınca bireysel iş sözleşmesinin yapılmamış olması da varılan bu sonuca etkili değildir.

26. Bahsi geçen düzenlemelerde çeşitli ihtimallere yer verilse de, kadroya geçiş yapan işçilerin hakları bakımından devamlı olarak “geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesine” atıf yapıldığı görülmektedir. İlgili toplu iş sözleşmesi ise 31.10.2020 tarihinde sona erecektir (Yiğit, Esra: İşyeri Devri ve Kamuda Çalışan Alt İşveren İşçilerinin Kadroya Geçişi Bağlamında İşveren Değişikliğinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi, Hukuk Dergisi, dergipark.org.tr, 2019).

27. Kadroya geçiş işlemleri tamamlanan işçilere idarelerce 31.10.2020 tarihine kadar uygulanacak olan “375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnenin Geçici 23. Maddesi Uyarınca İdarelerce Sürekli İşçi Kadrolarına Geçirilen İşçilerin Ücret ile Diğer Mali ve Sosyal Haklarının Belirlenmesinde Esas Alınacak Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri”, Yüksek Hakem Kurulunca karara bağlanmıştır.

28. Sürekli işçi kadrolarına geçirilen işçilerin ücret ile diğer malî ve sosyal haklarının belirlenmesinde esas alınacak Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesine göre ücret zamları;

“01.01.2018-30.06.2018 tarihleri arası ücret zammı: İşçilerin 01.01.2018 tarihinde almakta oldukları günlük çıplak ücretlerine aynı tarihten itibaren %4(yüzde dört) oranında zam yapılmıştır. Ancak bu dönemde verilmiş bir ücret zammı varsa %4(yüzde dört)’ten mahsup edilir.

01.07.2018-31.12.2018 tarihleri arası ücret zammı: İşçilerin 30.06.2018 tarihinde almakta oldukları günlük çıplak ücretlerine 01.07.2018 tarihinden itibaren %4(yüzde dört) oranında zam yapılmıştır.

01.01.2019-30.06.2019 tarihleri arası ücret zammı: İşçilerin 01.01.2019 tarihinde almakta oldukları günlük çıplak ücretlerine aynı tarihten itibaren %4(yüzde dört) oranında zam yapılmıştır.

01.07.2019-31.12.2019 tarihleri arası ücret zammı: İşçilerin 30.06.2019 tarihinde almakta oldukları günlük çıplak ücretlerine 01.07.2019 tarihinden itibaren %4(yüzde dört) oranında zam yapılmıştır.

01.01.2020-30.06.2020 tarihleri arası ücret zammı: İşçilerin 01.01.2020 tarihinde almakta oldukları günlük çıplak ücretlerine aynı tarihten itibaren %4(yüzde dört) oranında zam yapılmıştır.

01.07.2020-31.10.2020 tarihleri arası ücret zammı: İşçilerin 30.06.2020 tarihinde almakta oldukları günlük çıplak ücretlerine 01.07.2020 tarihinden itibaren %4 (yüzde dört) oranında zam yapılmıştır.” şeklinde belirlenmiştir.

29. T.C. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü tarafından 98425987-045.02-E.282980 sayılı 01.02.2019 tarihli, ücrette yönelik görüş bildirilen yazı ile “...toplu iş sözleşmesinin ücret zammı maddesinde 01.01.2019 tarihindeki ücretlerine yüzde dört oranında zam yapılacağı belirtildiğinden, günlük çıplak brüt ücretleri, günlük 85,28TL'nin altında kalan işçilerin ücretlerinin asgari ücret seviyesine yükseltilmesi ve bu miktarın üzerine Bakanlığımızca ilan edilen toplu iş sözleşmesi hükümleri gereğince 01.01.2019 tarihinden geçerli olmak üzere yüzde dört oranında zam yapılması...” şeklinde belirtildiği anlaşılmaktadır.

30. Belirtilen yasal düzenlemeler, dosya kapsamı, tüm bilgi ve belgeler hep birlikte değerlendirildiğinde; davacı, davalı İdarenin yapmış olduğu hizmet alım ihalesi gereğince asgari ücretin %28 fazlası ücretle çalıştığını, sürekli işçi kadrosuna geçirilirken de asgari ücretin %28 fazlası ücret üzerinden kadroya geçirildiğini, kadroya geçtikten sonra 31.12.2018 tarihine kadar asgari ücretin %28 fazlası üzerinden ücret aldığını ancak 2019 yılına gelindiğinde ücretinin 2019 yılı asgari ücret seviyesine çekilmek ve bu ücrete Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan toplu iş sözleşmesi hükmü gereği %4 oranında zam uygulanmak suretiyle ücretinin düşürüldüğünü ileri sürerek eldeki davayı açmıştır.

31. Dosya kapsamında davacı ile davalı Bakanlık arasında imzalanan iş sözleşmesi yer almamakta ise de; davacı, davalı Bakanlık ile belirsiz süreli iş sözleşmesi imzaladığını ve daimi kadroya alınırken imzaladığı iş sözleşmesinde açıkça ücret miktarı veya oranına yer verilmediğini ileri sürdüğünden, davacının bu kabulü karşısında iş sözleşmesinin dosyada yer almaması sonuca etkili görülmemiştir.

32. Davacı, davalı İdareye ait hastanede en son asgari ücretin %28 fazlası ücretle çalışırken 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 127. maddesi ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Geçici 23. madde uyarınca kadroya alınmıştır.

33. Esasen hizmet alım sözleşmesi kapsamında yüklenici işçisi olarak çalıştığı dönemde, hizmet alım sözleşmesi gereği davacıya asgari ücretin %28 fazlası ücretin ödenmekte olduğu anlaşılmaktadır. Mevzuat gereği yine aynı ücretle kamuda sürekli işçi kadrosuna geçirildiği, kadroya geçirildikten sonra 2019 yılı Ocak ayına kadar aynı şekilde ücret almaya devam ettiği görülmüştür. Ancak yasal düzenleme gereği hizmet alım sözleşmeleri geçiş işleminin yapıldığı tarih itibariyle feshedilmiş sayıldığından ve yeni ücretlendirme döneminde davacının asgari ücretin belirli oran fazlası ücret almasını gerektirir bir düzenleme yapılmadığından, davacının asgari ücretin belirli oran fazlası ücret alması gerektiğine ilişkin iddiasının yasal dayanağı bulunmamaktadır.

34. Kaldı ki, davacı 2019 yılında, ücretinin 2019 yılı asgari ücret seviyesine çekilerek bu ücrete Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan toplu iş sözleşmesi hükmü gereği %4 oranında zam uygulandığını ve bu surette eksik ücret ödendiğini ileri sürmüştü de, davacının kadroya geçiş ücretine Yüksek Hakem Kurulu tarafından bağtlanan toplu iş sözleşmesi uyarınca 2018 yılı birinci ve ikinci dönem ücret zamlarının uygulandığı, 01.01.2019 tarihindeki ücretinin de 31.12.2018 tarihinde almakta olduğu ücrete %4 zam oranı tatbik edilerek belirlendiği görülmüştür. Dolayısıyla, davacının iddiasının aksine ücreti düşürülmemiş, 31.12.2018 tarihinde aldığı ücreti korunarak, bu ücrete toplu iş sözleşmesi hükmü uygulanarak ücreti belirlenmiştir.

35. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, hizmet alım sözleşmelerinin geçiş işleminin yapıldığı tarih itibariyle feshedilmiş sayılacağına ilişkin düzenlemenin alt işverenin sözleşmesiyle ilgili bir düzenleme olduğu, bu maddenin işçinin ücretinin belirlenmesine etkisinin olmadığı, yüklenici nezdinde asgari ücretin belirli oran fazlasıyla ücret olarak çalışan işçi açısından kadrolu olduktan sonra İdare ile imzaladığı iş sözleşmesinde oran yazmamasının öneminin bulunmadığı, sözleşmenin yorumu gereği yüklenici işçisi iken ücretine uygulanan artışın taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesi için de uygulanması gereken oran olarak kabulü ve ücretin buna göre belirlenmesinin gerektiği, bu nedenle direnme kararının onanması gerektiği görüşü

ileri sürülmüş ise de, bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

36. Hâl böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

37. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında belirtilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesi gereğince BOZULMASINA,

Dosyanın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 373/1. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesine, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine 18.11.2021 tarihinde oy çokluğu ile kesin olarak karar verildi.

KARŞI OY

Davacı alt işveren işçisi olarak çalışmakta iken kadroya geçirilmiş ve taraflar arasında 2018 yılı içinde belirsiz süreli iş sözleşmesi imzalanmıştır.

Sözleşmenin 3/2-a maddesinde 375 sayılı KHK'ya eklenen geçici 23'üncü maddesi kapsamında istihdam edilen işçilerde işin konusunu; sürekli işçi kadrosuna geçişine temel teşkil eden ihale sözleşmesi kapsamında yapılan iş ve işlemlerin oluşturacağı belirtilmiştir.

Sözleşmenin "Ücret esası ve ödeme şekli" başlıklı 7. maddesinin ilk üç bendinde;

(1) İşçiye yapılacak ödemelere ilişkin hesap dönemi, her ayın 15'i ile bir sonraki ayın 14'üncü günüdür. İş bu sözleşme süresince işçiye her ay brüt asgari ücretin % ...fazlası üzerinden günlük olarak ödeme yapılır.

(2) 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında ilk defa istihdam edilecek işçilere ise dönemi için belirlenen yasal asgari ücret üzerinden ücret ödemesi yapılacaktır.

(3) Ancak iş bu belirsiz süreli iş sözleşmesinin imzalandığı tarihten önce yürürlük süresi sona eren bir toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilerin, yararlandıkları sona eren toplu iş sözleşmesinin mali hükümleri, bu iş sözleşmesinin hükmü olarak devam eder.

Hükümleri yer almaktadır.

Yukarıda belirtilen 7/1. madde hükmünde sözleşme süresince işçiye her ay brüt asgari ücretin %.... fazlası üzerinden günlük olarak ödeme yapılacağı

düzenlenmiş ancak oranın ne olduğu konusunda bir miktar yazılmamıştır. Öncelikle burada bir oran yazılmış olması hâlinde sözleşme hükmünün geçerli sayılıp sayılmayacağı değerlendirilmeli, şayet bu hâlde geçerli sayılacak ise oranın boş bırakılarak yazılmamış olmasının ne şekilde yorumlanması gerektiği üzerinde durulmalıdır.

Davacı 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile 375 sayılı KHK'ye eklenen ve 7079 sayılı Kanunun 118. maddesi ile kanunlaşan geçici 23. madde hükmüne göre sürekli işçi kadrosuna geçirilmiştir.

Anılan geçici 23. maddenin 6. fıkrasındaki düzenlemede;

“Sürekli işçi kadrolarına geçirilenlerden, geçiş işlemi yapılırken mevcut işyerinin girdiği işkolunda kurulu işyerinden bildirilenlerin ücreti ile diğer malî ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitimine kadar bu toplu iş sözleşmesinin uygulanması suretiyle oluşan ücret ile diğer malî ve sosyal haklardan fazla olamaz. Sürekli işçi kadrolarına geçirilenlerden; geçişten önce toplu iş sözleşmesi bulunmadığından kadroya geçirildiği tarihte yürürlükte olan bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin geçerli olduğu işçiler ile geçiş işleminden önce yapılan ve geçişten sonra yararlanmaya devam ettiği toplu iş sözleşmesi bulunmakla birlikte bu madde kapsamındaki idarelerde alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitiminden önce toplu iş sözleşmesi sona eren işçilerin ücreti ile diğer malî ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesine göre belirlenir. Bu madde kapsamındaki idarelerde; 6356 sayılı Kanunun geçici 7'nci maddesinde belirtilen mevcut işyerleri bakımından anılan Kanuna uygun olarak yetki başvurusunda bulunulabilir, ancak geçiş yapılan işçiler için yeni tescil edilen işyerlerinde, geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra yetki başvurusunda bulunulabilir.”

Hükmü yer almaktadır.

Bu düzenleme sürekli işçi kadrosuna geçirilenlere ödenecek ücret konusunda bir sınır getirmekte ise de işçilere geçiş öncesi ödenen ücretlerin anılan maddede getirilen sınırlamanın üstünde olduğu da ileri sürülüp ispatlanmamıştır. Dosyaya getirilen Yüksek Hakem Kurulu kararında belirlenmiş bir ücret olmayıp sadece dönemler itibarıyla ücretlere yapılacak %4'lük zam düzenlemesi bulunmaktadır. Geçici 23. maddenin 7. fıkrasında yer alan, sürekli işçi kadrolarına geçirileceklerin istihdam edilmesine esas hizmet alım sözleşmeleri, birinci fıkrada öngörülen geçiş işleminin yapıldığı tarih itibarıyla

feshedilmiş sayılı düzenlemesi ise alt işverenin sözleşmesiyle ilgili bir düzenleme olup işçi ücretinin belirlenmesine bir etkisi ve sonucu yoktur.

Bu durumda davacı alt işveren işçisi olarak, asgari ücretin oransal fazlasıyla belirlenen ücret üzerinde çalışmakta iken kadroya geçirildiğinde yine oransal fazlasıyla ücret belirlenmesinin geçici 23. madde hükmüne aykırı olduğu sonucuna varılamaz. Nitekim 2018 yılı ücretleri asgari ücretin oransal fazlası üzerinden belirlenip ödenmiştir. Maddedeki düzenlemenin getirdiği sınır aşılmadığı takdirde asgari ücretin oransal fazlasıyla ücret ödenmesine ilişkin sözleşme hükmünün geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 19.10.2020 gün ve 2020/6669 esas, 2020/12373 karar sayılı kararında da kadroya geçiş aşamasında işverenle imzalanan iş sözleşmesinde asgari ücretin belli bir oranda fazlasının ödeneceği kararlaştırılmışsa sözü edilen kuralın her asgari ücret artış dönemi için işvereni bağlayacağı belirtilmiş ve bozma kararında da anılan karara yer verilerek bu husus vurgulanmıştır. Bozma kararında belirtilen bu husus özel daire ile mahkeme arasında uyuşmazlık konusu olmadığından Hukuk Genel Kurulunun yapacağı temyiz incelemesinin sınırları olarak da gözetilmelidir.

Asgari ücretin oransal fazlasıyla ücret belirlenmesinin geçerli olduğu belirlendikten sonra somut olayda olduğu gibi oransal fazla ücret

belirlenmesi kabul edildiği hâlde bu oranın gösterilmediği sözleşmenin nasıl yorumlanacağı üzerinde durulmalıdır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 19. maddede sözleşmelerin yorumu düzenlenmiştir. Bu hükme göre; bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Bu hüküm yorum bakımından 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) 1. maddede yer alan ve kanunların yorumlanmasında esas alınan “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.” hükmünün sözleşme hukukuna yansımaları niteliğindedir.

Sözleşmenin yorumu sözleşmede yer alan iradenin gerçek amacının ne olduğunu belirlemeyi sağlar. Sözleşmenin yorumunda bazen subjektif değerlendirmeler de önem taşıyabilir ise de ortalama bir standart ve objektifleşebilmenin sağlanması için güven teorisi ile hareket edilmelidir. Güven teorisi irade açıklamasının muhatabından karşı tarafın gerçek amacını belirleme konusunda çaba harcamasını, kendi subjektif değerlendirmesi ile yetinmemesini arar.

Yorum yapılırken sözleşmedeki sözcükler (lafız) önem taşır. Ancak bazen en açık sözcükler bile gerçek iradenin belirlenmesinde önem taşıyabilir. Bunun dışında sözleşme öncesi görüşmeler ve işlemler, taraflar arasındaki güne kadar ki ilişkiler de göz önünde tutulmalıdır. Güven teorisi sadece

irade açıklamalarının yorumunda değil beyan hatasının bulunup bulunmadığının tespitinde, yanlış anlaşılan hükümlerin açıklığa kavuşturulmasında, sözleşmelerde saklı tutulan konularda ve sözleşmenin tamamlanmasında (tamamlayıcı yorumunda) da başvuru bir yorum metodudur (Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 18. bası, Turhan Yayınları 2014).

Bu açıklamalarla birlikte somut olaya dönüldüğünde taraflar arasındaki sözleşmede ücretin belirlenme yöntemine ilişkin bir düzenleme yapılmış ve “sözleşme süresince işçiye her ay brüt ücretin % ...fazlası üzerinden günlük olarak ödeme yapılır.” hükmüne yer verilmiştir. Buradaki irade açıklaması asgari ücretin üzerinde bir ödeme yapılacağı irade beyanını açıkça içermektedir. Bu iradenin varlığı ilk kez işe başlayanlar için asgari ücrete göre ödeme yapılacağı hükmüne de sözleşmede yer verilmesi nedeniyle idarenin ücret ödemesinde ilk kez işe başlayanlar ile kadroya geçirilmek suretiyle işe başlayanlar arasında farklı bir ücret iradesini de ortaya koymaktadır. İdarenin bu sözleşmedeki irade beyanı asgari ücretin belli bir yüzde fazlasıyla ücret vereceği noktasındadır.

Bu irade beyanına rağmen iradeye esas yüzde fazla miktarın ne olduğu konusunda sözleşmede bir boşluk bulunmaktadır. Bu boşluk sözleşme hükmünün yok sayılmasını mı gerektirmeli yoksa bu hükme geçerlilik tanınıp tarafların miktar konusundaki iradeleri belirlenmeye çalışılarak boşluğun doldurulması yoluna mı gidilmelidir?

Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin mahiyetinden boşluğun doldurulması mümkün olduğu sürece sözleşme hükmü yok sayılarak sonuca gidilemez. Çünkü asıl olan sözleşmedeki iradenin ayakta tutulmasıdır. Taraflar arasındaki iş ilişkisi sürmekte ve taraflar sözleşme ilişkisinin sürdürülmesi iradesini de çok açık biçimde taşımaktadırlar. Bu boşluğun doldurulmasında tarafların sözleşme kapsamında yaptıkları iş ve işlemlerde birleşen iradelerine de önem verilmelidir. İşçi ücretleri alt işverenlerle yapılan sözleşmeler kapsamında asgari ücretin belirlenen yüzde fazlasıyla ödenmekte iken davacı kadrolu işçi statüsüne geçirilmiş ve 2018 yılı ücretleri de bu oransal fazla üzerinden ödenmiş davacı da bu oransal fazla üzerinden yapılan ödemelere itiraz etmemiştir. Taraflar böylece 2018 yılı için sözleşmedeki boşluğu doldurmuşlar ve sözleşmede yazılmayan oranın ne olduğuna ilişkin iradelerini de ortaya çıkarmışlardır. Ortaya çıkan bu irade karşısında sonraki yıllarda ödenecek ücret yönünden doldurulması gereken bir boşluğun hâlâ mevcut olduğundan söz edilemez.

Bu durumda davacının alt işveren nezdinde çalışması sırasında, asgari ücretin hangi miktar yüzde fazlayla çalışmış olduğuna göre belirlenen oran, taraflar arasındaki iş sözleşmesi için de uygulanması gereken orandır. Bu oran esas alınarak davacı ücretinin belirlenmesi gerektiği çok açıktır. Bu açıklık nedeniyle genel yorum kurallarından daha özel nitelikteki işçi lehine yorum kuralına başvurulmasına dahi ihtiyaç kalmamıştır.

4857 sayılı İş Kanunu 22. madde hükmüne göre; işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz. Bu hükmün sonucu olarak işveren işçinin rızası olmaksızın kendiliğinden ücreti düşüremez.

İşverence 2019 yılı ücreti için asgari ücretin oransal fazlasıyla ücret belirlenmesi uygulamasından vazgeçilip daha az ücret alma sonucunu doğuracak biçimde son ücrete %4 oranında zam yapılmasıyla yetinilerek ücret belirlenmesi işçi aleyhine olduğundan işçinin rızası bulunmayan bu uygulamanın geçerli olduğu kabul edilerek sonuca gidilmesi mümkün değildir.

Yukarıda açıklanan esaslara uygun olarak ücret belirlenip fark alacaklara hükmedilmesine ilişkin olan direnme hükmü; taraflar arasındaki iş ilişkisinin kapsamına, dosya kapsamında toplanan delillere uygun olup, hükmün onanması gerektiği görüşünde olduğumdan, özel daire kararında belirtilen nedenlerle hükmün bozulması yönünde oluşan değerli çoğunluk görüşüne katılamıyorum.

İŞÇİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İŞVERENE KARŞI SADA-KAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ ARASINDA ADİL BİR DENGİ KURULMASI- WHATSAPP GRUP YAZIŞMALARI

T.C.

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

ESAS NO : 2021/10166

KARAR NO: 2021/15745

TARİHİ : 24.11.2021

DAVA:

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalıya ait işyerinde 23.09.2007-18.06.2015 tarihleri arasında müfettiş olarak çalıştığını, davalı Banka dışında çalışan bir tanıdığı tarafından 27.03.2015 tarihinde cep telefonuna gönderilen bir fotoğrafı kendisi ile aynı bankada ve aynı kıdemde bulunan meslektaşlarına iletildiğini, 20.04.2015 tarihli yazı ile görevinin gerektirdiği sorumluluklar doğrultusunda hareket etmediği ve Banka ile yöneticilerin personel nezdindeki güven ve itibarını zedelediği düşünülen bu fotoğrafı başka kişilere göndererek yayılması-na aracı olduğundan bahisle iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatıl-mama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücreti ve diğer haklarının belirlenmesini istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, çalıştığı banka hakkında güven ve itibar sarsıcı faaliyette bulunan davacı hakkında Banka iç mevzuatına uygun olarak işlem yapıldığını ve davacının iş sözleşmesinin haklı nedenlerle feshedildiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının kendisine gelen bir fotoğrafı kendisi gibi müfettiş olarak çalışan arkadaşları arasında paylaşmış olmasının doğruluk ve bağlılığa aykırı bir davranış olmadığı, ayrıca fotoğrafta yalnızca genel müdürün odasının önünü gösteren bir güvenlik kamerası görüntüsü olduğu ve davacının bunu paylaşırken hakaret veya küçük düşürücü ifadelerde bulunmadığı anlaşıldığından, işverence yapılan feshin geçersiz olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile

davacının işe iadesine, dört aylık boşta geçen süre ücreti ile işe başlatılmaması halinde ödenecek olan işe başlatmama tazminatının beş aylık ücreti tutarında belirlenmesine karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Yargıtay Kararının Özeti:

Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin 25.02.2016 tarihli, 2016/2198 esas ve 2016/5732 karar sayılı kararı ile davacıya atfedilen eylemin haklı nedenle fesih sebebi olduğu gerekçesiyle Mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına ve davanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay bozma kararı sonrası davacı vekili Daire kararının maddi hataya dayandığını ileri sürerek bozma kararının ortadan kaldırılmasına karar verilmesini istemiştir.

Davacı vekilinin bu talebi üzerine Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin 09.05.2017 tarihli, 2017/32592 esas ve 2017/10720 karar sayılı kararı ile önceki kararın maddi bir hataya dayandığı gerekçesiyle ortadan kaldırılmasına karar verilerek yeniden yapılan incelemede, davacının eyleminin fesih için haklı neden değil ve fakat geçerli neden teşkil ettiğini belirterek Mahkeme kararının ortadan kaldırılmasına ve davanın reddine karar verilmiştir.

Bireysel Başvuru:

Kesinleşen karara karşı davacı taraf Anayasa Mahkemesine başvurmuştur

Anayasa Mahkemesi Kararının Özeti:

Anayasa Mahkemesince 07/04/2021 tarihli ve 2017/35488 başvuru numaralı kararda, başvurunun ifade özgürlüğü ile işverene karşı sadakat yükümlülüğü arasında adil bir denge kurulabilmesi için öncelikle olgusal bir durum ifade eden söz konusu fotoğrafın kim tarafından, kimlerle ve hangi şartlarda paylaşıldığının irdelenmesi gerektiği, başvurunun işveren Bankada müfettiş olarak görev yapmakta olduğu ve başvuruya konu fotoğrafı sadece aynı Bankada kendisi gibi müfettiş olan belirli sayıda arkadaşının bulunduğu WhatsApp grubunda paylaştığı, üstelik başvurunun iddiasına göre grup üyelerinden birinin de başvuru hakkında soruşturma açmaya yetkili kişilerden olan teftiş kurulu başkan yardımcısı olduğu, bu çerçevede söz konusu paylaşımın kişilerin güvendikleri insanlarla kurdukları kapalı bir grupta yapıldığı anlaşılmakta olup başvurunun söz konusu paylaşımı yapmakta kötü niyetinin bulunduğunu veya işverene zarar verme amacının bulunduğunu söylemenin mümkün görünmediği belirtilmiştir. Kararın devamında; eldeki başvuruda değerlendirilmesi gereken bir diğer hususun ise başvurunun söz konusu paylaşımının işveren üzerindeki etkileri olduğu, Daire kararında başvurunun söz

konusu paylaşımın, yapıldığı ortamın kendine has özellikleri veya daha geniş bir ifadeyle başvuruya konu fotoğrafın paylaşılma şartlarının olayın bütünselliği içinde yeri değerlendirilmeksizin fotoğrafın kurum dışına sızması hâlinde “genel müdürünün görevden alındığı izlenimini verecek” bir etkisinin olduğu ve bunun ekonomik sakıncalara yol açabileceğinin kabul edildiği, bununla birlikte Dairenin böyle bir sonuca varmasının, ancak başvurucunun söz konusu fotoğraf paylaşımına onun verdiği anlamın ötesinde anlamlar yüklemesi ile mümkün olduğu, başvurucunun kullandığı ifadelerle onun verdiği anlamın ötesinde bir anlam yüklenmemesi gerektiği (benzer değerlendirmeler içeren birçok karar arasından bkz. Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 72; Tansel Çölaşan, § 69; Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/6/2015, § 50); somut olayda ise kişilerin aynı Bankada ve aynı görevde bulunan ve birbirleriyle belirli derecede güven ilişkisi içinde olan çalışma arkadaşlarının kurdukları çeşitli iletişim gruplarında kullandıkları ifade yöntemlerine aşırı bir anlam yüklendiği, söz konusu paylaşımın üçüncü kişilerle paylaşılmaması, kurum dışına çıkartılmaması ve herhangi bir tehlikeliliğinin ortaya çıkmaması karşısında derece mahkemelerinin başvuruya konu paylaşımın kurum dışına sızması hâlinde büyük zararlar doğacağı varsayımlarının kabul edilmesi için daha fazla olgusal veriye ve değerlendirmeye ihtiyaç bulunduğu vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi; somut olayda Dairenin, başvurucunun ifadelerinin işverenine karşı sadakat yükümlülüğüne hangi yönlerden aykırılık oluşturduğu ve söz konusu son derece ağır tedbire zorunlu ve en son çare olarak başvurulup başvurulmadığı hususlarında yeterli bir değerlendirme yapmaksızın başvurucunun iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir nedene dayandığına karar verdiğini, başvurucunun ifade özgürlüğü ile işverene karşı sadakat yükümlülüğü arasında bir denge kurmaya çalışmadığını, bu sebeple Dairenin başvurucunun iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir nedene dayandığına ilişkin ileri sürdüğü gerekçelerin başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahale için ilgili ve yeterli olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesince; yukarıda belirtilen gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilerek ihlalin Mahkeme kararından kaynaklandığı belirlenmiş ve bu yöndeki iddianın kabul edilebilir olduğuna, kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak amacıyla Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı doğrultusunda, dosya kapsamının yeniden değerlendirilmesi neticesinde, davacının bir arkadaşının kendisine gönderdiği ve davalı Banka genel müdürünün odasının önündeki boş kutuları gösteren bir fotoğrafı WhatsApp isimli telefon uygulamasındaki arkadaş grubunda paylaşmasından ibaret eyleminin ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı ve iş sözleşmesinin feshi için haklı ya da geçerli bir

sebeplere oluşturmadağı anlaşılmalakla; Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin 09.05.2017 tarihli, 2017/32592 esas ve2017/10720 karar sayılı kararının OR-TADAN KALDIRILMASINA karar verildi.

Dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünöldü:

YARGITAY KARARI

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görölmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine 24.11.2021 tarihinde oy birliğiyle kesin olarak karar verildi.

BORDRO HİLESİ

T.C.

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

ESAS NO : 2021/12852

KARAR NO: 2022/1015

TARİHİ : 25.01.2022

DAVA:

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davacı vekilince istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 25/01/2022 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kâğıdı gönderilmişti. Duruşma günü davacı adına vekili ... ile karşı taraf adına vekili ... geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirketin Suudi Arabistan'daki işyerinde 31.03.2009-01.04.2011 tarihleri arasında 2.750,00 USD ücretle, Cezayir'deki işyerinde 24.09.2014-29.06.2016 tarihleri arasında 3.000,00 USD ücretle topograf olarak çalıştığını, dini bayramların ilk iki günü hariç tüm ulusal bayram genel tatil günlerinde çalıştığını, fazla mesai, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil

günlerinin ücretlerinin ödenmediğini, davacının yıllık izinlerinin de kullandırılmadığını, iş bitimi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğini ve kısmen tazminat ödendiğini, tüm haklarını aldığına dair belge imzalatılarak ülkeye gönderdiğini belirterek kıdem ve ihbar tazminatı ile birlikte bir kısım işçilik alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 29.06.2016 tarihinde bildirimsiz olarak iş sözleşmesine son verildiğini ve 2.215,78 USD kıdem tazminatı 4.200,10 USD ihbar tazminatı ödendiğini, kıdem ve ihbar tazminatı isteminin yersiz olduğunu, da-

vacının son aylık ücretinin net 2.173,91 USD olduğunu, işçilerin tüm hak edişlerinin avansların, fazla mesai ücretinin, hafta tatili ücretinin, ulusal bayram genel bayram tatil ücretlerinin dökümünü ayrıntılı gösteren bordrolara uygun olarak işçilerin banka hesaplarına ödendiğini, davacının yıllık izinlerini de kullandığını beyanla davanın reddini istemiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

İlk Derece Mahkemesince, yapılan yargılama sonucunda toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak, yazılı gerekçe ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

İstinaf Başvurusu:

İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı davacı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesince, davacı vekilinin istinaf başvurusunun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-b.1 maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiştir.

Temyiz Başvurusu:

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1-Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk kuralları ile hukuki ilişkinin nitelendirilmesine, taraflar arasındaki sözleşmeye, dava şartlarına, yargılama ve ispat kuralları ile temyiz olunan kararda belirtilen gerekçelere göre davacı vekilinin aşağıdaki bendin dışındaki temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. 2-Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının aylık ücret miktarı noktasındadır. Davacı, davalı işyerinde aylık ücretinin net 3.000,00 USD olduğunu, gerçek dışı düzenlenen bordrolarda fazla mesai ve hafta tatili alacaklarının tahakkuk etmiş gibi gösterildiğini belirtmiştir. Davalı ise davacının aylık net 2.173,91 USD ücretle çalıştığını fazla mesai ve hafta tatillerinin ödendiğini savunmuştur.

Davacı tanıkları R.S ve N.T davacının 3.000,00 USD maaş aldığını beyan etmişlerdir. Emsal ücret araştırmasında Ankara İnşaat Sanatkarları Esnaf Odası emsal ücret olarak 2016 yılı için net 3.000,00 USD bildirmiştir.

Davalı tarafça sunulan imzasız bordroların incelenmesinde; bordrolarda aylık 42 saat fazla mesai ve iki gün hafta tatili tahakkuklarının yapıldığı görülmektedir. Örneğin Mayıs 2016 ayına ait imzasız bordronun incelenmesinde 42 saat fazla mesai ve iki hafta tatili tahakkuku yapılarak, davacının net hak ediş-

nin 3.000,00 USD olduğu görülmüştür. Davacının dosya kapsamında bulunan diğer ücret bordroları da aynı şekildedir.

Yine davacının 13.03.2016-31.03.2016 tarihleri arasında Türkiye’de olduğu Mart 2016 bordrosunda davacının 30 gün üzerinden yine aylık 42 saat fazla mesai ve iki hafta tatili çalışması tahakkuku ile net 3.000,00 USD ücret belirlenmiştir.

Bu açıklamalar karşısında davalı işyerinde bordro hilesi bulunduğu anlaşılacakla, bordro hilesinin söz konusu olduğu hallerde bordrodaki (fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti gibi) tahakkuklar aslında gerçekte bu çalışmaların karşılığı olan ücretler olmayıp, işçinin temel ücretinin bir parçası olduğundan, bu tahakkuk miktarları hiç dikkate alınmadan sonuca gidilmesi gerekmektedir. Bu nedenle davacının ücreti net 3.000,00 USD kabul edilerek dava konusu alacakların hesaplanması, fazla mesai ve hafta tatili alacağı bakımından davalı tanık beyanlarına davacının aylık 42 saat fazla mesai yaptığı ve ayda iki hafta tatilinde çalıştığı kabul edilerek fazla mesai ve hafta tatili alacaklarının hesaplanması gerekli iken yazılı gerekçe ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ:

Temyiz olunan, İlk Derece Mahkemesi kararına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi kararının ORTADAN KALDIRILMASINA, İlk Derece Mahkemesi kararının yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, bozma kararının bir örneğinin kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, davacı yararına takdir edilen 3.815,00 TL duruşma vekalet ücretinin davalıya yükletilmesine, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.01.2022 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

TOPLULUK DAVASI- SENDİKANIN, ÜYELERİ ADINA EDA DAVASI AÇMAK YERİNE AYRIMCILIK TESPİTİ TALEBİNDE BULUNMASINDA HUKUKÎ YARARIN VARLIĞI

T.C.

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

ESAS NO : 2021/12447

KARAR NO: 2021/16718

TARİHİ : 21.12.2021

DAVA:

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

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı Sendika vekili, davalı Üniversite’de İş Teftiş Kurulu müfettişlerince yapılan inceleme neticesinde, çalışanların fazla mesailerinin ödenmediği ya da eksik ödendiği, çalışma saatlerinin yasaya uygun olmadığı, çalışmalarda iş mevzuatına birden fazla aykırılığın olduğu ve bu hususlarda düzeltme ve düzenlemelerin yapılması gerektiğinin belirtilmesini takiben, Sendika üyesi işçilere bir kısım fazla mesai ödemesi yapıldığı, ancak geçmişe dönük ödemeler yapılmadığı gibi belirtilen döneme ilişkin de ödemelerin eksik bırakıldığı, bu durum üzerine fazla çalışma ve sair alacakların ödenmesi amacıyla sendika üyesi şoförler tarafından dava şartı arabuluculuk yoluna başvurulduğu, davalı Üniversitenin ise herhangi bir işçinin alacağı olmadığını ileri sürmesiyle anlaşmaya varılamadığı, akabinde de Ankara İş Mahkemelerinde seri dosyalar ile alacak davaları açıldığı ve bu davaların halen derdest olduğu, işbu yargılama sürecinin başlamasından sonra, davalı Üniversite ve şoför olan üyesi işçilere amirleri tarafından yoğun şekilde mobbing uygulanmaya başlandığı ve bu işçilerden giriş çıkış için imza almaya başladığını ancak aynı işi yapan aynı birimdeki memurlara bunu zorunlu tutmadığını ve bu ayrımcılık içeren uygulamanın İş Kanunu’nun 5. maddesine açıkça aykırı olduğunu ileri sürerek, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 113 üncü madde gereğince imza uygulamasının ayrımcılık içerdiğinin tespitini, bu hukuka aykırılıkların giderilmesini ve işçilerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, öncelikle dava dilekçesindeki netice-i talebin belirsiz olduğunu, Taşıt İşletme Müdürlüğünde şoför olarak görev yapmakta olan işçilerden giriş çıkış için imza alınmaya başlanmasının, işçilerin açtıkları davalarla hiçbir bir ilgisinin bulunmadığını, İş Kanununa uygun olarak işe giriş ve çıkış saatlerinin belgelenmesi yönetimin yasal olarak uygulaması gereken bir zorunluluk olduğunu, bu uygulamanın ayrımcılık ya da mobbing ile bağdaştırılmaya çalışılmasının anlamlı olmadığını, ayrıca İş Kanunu'nun "Eşit Davranma İlkesi" başlıklı 5. maddesi yargı kararları ile de sabit olduğu gibi "işçiler arasındaki eşitlik" ilkesi düzenlediğini, işçi ve memur gibi farklı mevzuata tabi ve farklı hukuki statüdeki çalışanlar arasındaki eşitliğin bu kapsam dışında olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

İlk Derece Mahkemesince, "... Her ne kadar davalı, Üniversite bünyesinde farklı birimlerde çalışan işçilerin görev yaptıkları birimin yapısından, işin işleyişinden kaynaklanan sebeplerle bu işçilerden imza alınmadığına ilişkin iddiada bulunmuşsa da, giriş çıkışlarda yalnızca sendika üyesi şoför işçiler için imza alındığı, giriş çıkışların takibi için Üniversite bünyesindeki diğer işçilerden de imza alınabileceken alınmadığı, gerekçe olarak işin mahiyeti ve giriş çıkış yoklamasının diğer işçiler yönünden sorumlu amirleri tarafından yapıldığı beyan edilmişse de, şoförler için aynı uygulamanın geçerli olmamasının yeterli delillerle ve geçerli sebeplerle ispatlanamadığı, netice itibarıyla sadece şoförler için yapılan imza uygulamasının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği ..." gerekçesiyle davanın kabulü ile imza uygulamasının ayrımcılık içerdiğinin tespitine karar verilmiştir.

İstinaf Başvurusu:

İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı, davalı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesince, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5'inci maddesi uyarınca açılacak davanın bir eda davası olduğu, ancak davacı Sendika üyeleri adına eda davası açmak yerine işyeri uygulamasının ayrımcılık içerdiğinin tespitini talep ettiğinin anlaşıldığı, bu hale göre de davacı Sendika üyeleri adına İş Kanunu'nun 5'inci maddesi uyarınca dört aya kadar ücret tutarında tazminat veya varsa üyelerinin yoksun kaldığı başkaca haklarını eda davasıyla talep etme olanağı varken, tespit davası açmakta hukuki yararının bulunmadığının kabulü gerektiğinden davanın hukukî yarar yokluğundan usulden reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde kabul kararı verilmesinin hatalı olduğu, yine kabule göre de yargılama giderlerinin içine harç ka-

ılarak harçtan muaf olan davalı Üniversiteye harç yükletilmesi, arabuluculuk başvurusu ve dolayısıyla Hazine tarafından karşılanan bir arabuluculuk gideri bulunmadığı halde davalı Üniversite aleyhine arabuluculuk ücretine hükmedilmesinin de doğru olmadığı gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılmasını ve “Davanın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 114/1-h ve 115/1-1, 2 maddeleri uyarınca dava şartı yokluğundan USULDEN REDDİNE,” karar verilmiştir.

Temyiz Başvurusu:

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

Davacı Sendikanın, üyeleri adına dava konusu tespit talebinde bulunmasında hukukî yarar şartının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun açıklığa kavuşturulması gereklidir. 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “Sendika Kurma Hakkı” başlıklı 51. maddesinde yer alan; “Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz. Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir. Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir. (Mülga dördüncü fıkra: 7/5/2010-5982/5 md.) İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir. Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz.” şeklindeki hüküm ile sendika kurma hakkı ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Söz konusu hükümde de belirtildiği gibi sendikaların amacı, çalışma ilişkilerinde, üyelerinin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmektir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun (6356 sayılı Kanun/STİSK) 2. maddesinde de aynı doğrultuda düzenlemeye yer verilmiştir.

Sendikalar, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü, bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmektedir (Anayasa Mahkemesinin 18.09.2014 tarihli ve 2013/8463 Başvuru numaralı Tayfun Cengiz kararı, §31, 32).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 11. maddesinin 1. fıkrasında; “Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir” düzenlemesi mevcuttur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesinin birinci fıkrasındaki sendika özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğünün bir şekli ve özel bir yönüdür (AİHM, Belçika Ulusal Polis Sendikası/Belçika, B. No: 4464/70, 27.10.1975 §38; Doğru, Osman/Nalbant, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Ankara 2013, s.453).

Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesinin birinci fıkrasında geçen “çıkartlarını korumak için” deyiimi, AİHS’in, sendikal faaliyetler yoluyla sendika üyelerinin mesleki menfaatlerini koruma özgürlüğünü güvence altına almaktadır (AİHM, Belçika Ulusal Polis Sendikası/Belçika, B. No: 4464/70, 27.10.1975 §39; Doğru/Nalbant, s.453).

Üyelerinin çıkartlarını korumak için faaliyet yürüten sendikaların çalışma yaşamına ilişkin en önemli faaliyetleri de yargılama alanında kendisini göstermektedir. Sendikalar her şeyden önce tüzel kişi olarak genel hükümlere göre aktif ve pasif dava ehliyetine sahiptir (Tuncay, A.Can/Savaş Kutsal, Burcu, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2019, s.142).

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 26. maddesinin 2. fıkrasına göre “Kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine” sahip kılınmışlardır. Madde metninden de anlaşıldığı üzere, sendika ve konfederasyonların kolektif nitelikli dava hakları ve sendikaların üyelerini temsilen bireysel nitelikli dava hakları olmak üzere iki farklı dava türü söz konusu olmaktadır.

Bu anlamda sendikaların davacı ve davalı olabilmelerinde; somut, belirli üyeleri temsilen değil, anonim ve kolektif nitelikli bir temsil söz konusu olmaktadır. Burada söz konusu dava türü ile korunmak istenen menfaat bir veya birden fazla sendika veya konfederasyon üyesinin kişisel çıkartları olmayıp çalışma hayatının ortak çıkartlarıdır (Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Hukuku, İstanbul 2020, s.248).

Usul hukuku anlamında genel olarak birçok kişinin ortak menfaatini ilgilendiren durumlarda, söz konusu menfaatin zedelenmesi hâlinde menfaat sahibi herkesin ayrı ayrı dava açması hem usul ekonomisi bakımından sakıncalı olacak hem de aynı konuda açılan davalarda farklı kararlar çıkmasına neden olabilecektir. Bunların yanı sıra gereksiz zaman kaybı ve masraf yapılmasına

da yol açacaktır. Bu nedenle ortak menfaatlere sahip bir topluluğun menfaatini korumak amacıyla, topluluğu temsilen ya da o topluluk adına dava açılması ve bu davanın sonuçlarından davayı açan davacı değil de menfaat sahibi topluluğun yararlanmasına yönelik davaya topluluk davası denilmektedir (Şahlanan, s. 251).

Topluluk davası hukukumuzda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 113. maddesinde yer alan "Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir" hükmü ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur.

Madde gerekçesine göre topluluk davası yoluyla, toplumsal yararın korunması ile dar ve teknik anlamda hukukî yarar kavramında bir açılım yaratılması sağlanmaktadır. Topluluk davası sendikaların kolektif nitelikli temsilen dava açabilme ehliyetlerini genişletmekte; bu tür bir davanın konusunu sendika üyelerinin bireysel haklarına teşmil etmektedir. Sendikalar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. maddesi kapsamında belirtilen tüzel kişilerden biri olduğundan üyeleri adına bu maddeye göre dava açabilirler. Açılan dava üyelerinin menfaatleri ile ilgili olup, sendikalar bu dava türü ile üyelerinin haklarının tespitini; üyeleri hakkında hukuka aykırı durumun giderilmesini ve üyelerinin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesini talep edebileceklerdir (Şahlanan, s. 250).

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. maddesi kapsamında dava açabilecek dernekler ve diğer tüzel kişiler bir hakkın veya hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığına ilişkin tespit talebinde bulunabilirler. Aslında burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 106. maddesinde genel olarak düzenlenen tespit davasının topluluk davasında özel olarak düzenlenmiş bir şekli olduğu söylenebilir (Taşpolat Tuğsavul, Melis: Kolektif Hukuki Himaye Çerçevesinde Topluluk Davaları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2016, s. 208).

Bu anlamda olmak üzere bir hakkın ya da hukukî ilişkinin varlığı ya da yokluğunun tespit edilmesinde hukukî yararının mevcut olması hâlinde sendikalar da tespit talebini içeren topluluk davası açabilir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.09.2021 tarihli ve 2018/(22)9-678 Esas sayılı kararı.)

Yukarıda yer verilen tespit ve açıklamalar kapsamında uyuşmazlık değerlendirildiğinde; Somut olayda, davacı Sendika vekilince, davalı Üniversitede şoför olan üyesi işçilerden giriş çıkış için imza alınmaya ve mobing uygulanmaya başlandığı, ancak aynı işi yapan aynı birimdeki memurlara bunun zorunlu tutulmadığı ve ayrımcılık içeren bu uygulamanın İş Kanunu'nun 5. madde-

sine açıkça aykırı olduğu ileri sürülerek, eldeki dava ile imza uygulamasının ayrımcılık içerdiğinin tespitini, bu hukuka aykırılıkların giderilmesini ve üyesi işçilerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesine yönelik olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113'üncü maddesi kapsamında bir topluluk davası açılmıştır.

Yukarıda açıklanan maddi ve hukukî olgulara göre; kuruluş amacı üyelerinin hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek olan davacı Sendikanın, davalı işverenlikteki üyelerine hasren yapılan imza uygulamasının ayrımcılık içerdiğinin tespitine yönelik dava açmasında hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunduğu kabul edilmelidir.

Bu durumda, Bölge Adliye Mahkemesince istinafa konu kararın esasına girilerek denetiminin yapılması gerekirken, usul yönünden yapılan denetimle istinaf talebinin kabul edilmesi yerinde olmamıştır.

SONUÇ:

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, dosyanın kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.12.2021 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TEDAVİDE KULLANILACAK İLACIN ANILAN HASTALIĞIN İYİLEŞMESİ İÇİN TEDAVİSİNDE KULLANILMASININ HAYATİ ÖNEME HAİZ VE ZORUNLU OLDUĞU SONUCUNA VARILDIĞI TAKDİRDE BEDELİNİN KURUM TARAFINDAN KARŞILANMASININ KABUL EDİLMESİ

T.C.

YARGITAY

10. HUKUK DAİRESİ

ESAS NO : 2021/3843

KARAR NO: 2021/12748

TARİHİ : 22.10.2021

DAVA:

Dava, tedavi süresince kullanılacak olan Pembrolizumab etken maddeli “keytruda” isimli ilacın bedelinin hiçbir kesinti yapılmaksızın davalı kurum tarafından karşılanması ve ilaç bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

İlk Derece Mahkemesince, hükümde belirtilen gerekçelerle davanın kabulüne dair verilen karara karşı davalı Kurum vekili tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine, ... Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesince istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

... Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesince verilen kararın, davalı Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

I-İSTEM:

Davacı vekili, müvekkilinin tedavisi süresince kullanacağı “Pembrolizumab (Keytruda)” adlı ilacın bedelde hiçbir kesinti yapılmaksızın davalı Kurum tarafından karşılanmasına karar verilmesini talep etmiştir.

II-CEVAP:

Davalı SGK Başkanlığı vekili; bedeli karşılanabilecek ilaçlar konusunda Sağlık Uygulama Tebliği hükümleri gözetilerek inceleme yapılması gerektiğini; ilacın bedelinin karşılanması mümkün olmadığından, Kurum işleminin mevzuat hükümlerine uygun olduğunu beyanla, davanın reddi gereğini savunmuştur.

III-MAHKEME KARARI:

A-İLK DERECE MAHKEME KARARI

Davanın kabulü ile; davacı S.S.’nin Metastatik Akciğer Adeno CA hastalığının tedavisi süresince kullanacağı pembrolizumab (keytruda) ilacına ait bedellerin hiçbir kesinti yapılmaksızın davalı tarafından karşılanmasına” karar verilmiştir.

İSTİNAF SEBEPLERİ

İstinaf kanun yoluna başvuran davalı vekili, kararın haksız ve hukuka aykırı olduğu, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın reddine karar verilmesi talebiyle istinaf yoluna başvurulduğu görülmüştür.

B-BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARI

... 16. İş Mahkemesi’nden verilen 27/10/2020 tarih, 2019/393 Esas ve 2020/150 Karar sayılı kararının kaldırılmasına yönelik davalı SGK Başkanlığı vekilinin istinaf başvurusunun 6100 sayılı Yasanın 353/1-b.1 hükmü gereğince esastan reddine karar verilmiştir.

IV-TEMYİZ KANUN YOLUNA BAŞVURU VE NEDENLERİ:

Davalı Kurum vekili, kararın haksız ve hukuka aykırı olduğu, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın reddine karar verilmesi talebiyle temyiz yoluna başvurulduğu anlaşılmıştır.

V-İLGİLİ HUKUK KURALLARI VE ESASIN İNCELEMESİ:

Davacının 1.8.1992 tarihinden itibaren 4/1-a kapsamında yaşlılık aylığı aldığı ve sağlık yardımına müstehak olduğu, 27.9.2018 tarihli A. Üniversitesi Tıp Fakültesi ve 21.1.2019 tarihli G. Üniversitesi Moleküler Patoloji raporuna istinaden Akciğere Adeno CA tanısı konulduğu, (Metastatik akciğer kanseri) nedeniyle ...Eğitim ve Araştırma Hastanesi’nce düzenlenen 16.10.2019 tarihli sağlık kurulu raporunda “hastanın Pembrolizumab(Keytruda) 200 mg/gün 1.gün her 21 günde bir probresyona veya toksisiteye kadar kullanması uygundur” şeklinde rapor tanzim edildiği, Sağlık Bakanlığı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu 11/10/2019 tarihli yazısında da davacı için “metastatik akciğer adeno CA” tanısının tedavisinde pembrolizumab(keytruda)etkin maddeli ilaç/ilaçların kullanımına uygun görüldüğü, ilaç bedelinin karşılanması amacıyla Kuruma yapılan 30.10.2019 tarihli başvurunun Kurum tarafından sağlık uygulama tebliğinin EK-4/A bedeli ödenecek ilaç listesinde yer almadığının belirtilerek bedelinin karşılanmayacağı yönünde yazısı üzerine eldeki davanın açıldığı Mahkemece, E. Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinden rapor istenildiği, E. Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi tarafından “metastatik akciğer

kanseri tanımlı hastanın PDL 1 yüzdesinde yüksek olduğunu, immunoterapiden fayda göreceğini düşünmekteyiz. Zira hastanın kullandığı süreçte de herhangi bir hastalık artışı olmadığından fayda gördüğü açıktır. Kemoterapi seçenekleri ile bu faydanın olup olmayacağı öngörülemez...” şeklinde rapor tanzim edildiği, ilaçtan fayda göreceği düşünüldüğü şeklinde soyut görüşleri doğrultusunda davanın kabulüne karar verdiği görülmüştür.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 63. maddesinde, genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını; hastalanmaları halinde sağlıklarını kazanmalarını; iş kazası ile meslek hastalığı, hastalık ve analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanmasını, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını temin etmek amacıyla Kurumca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri sayılmış; anılan maddenin (f) bendinde Kurum’un, “... sağlanacak sağlık hizmetleriyle ilgili teşhis ve tedavileri için gerekli olabilecek kan ve kan ürünleri, kemik iliği, aşı, ilaç, ortez, protez, tıbbî araç ve gereç, kişi kullanımına mahsus tıbbî cihaz, tıbbî sarf, iyileştirici nitelikteki tıbbî sarf malzemelerinin sağlanması, takılması, garanti süresi sonrası bakım, onarılması ve yenilenmesi hizmetleri...” sağlayacağı, değişik 2. fıkrasında, Kurum, finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin teşhis ve tedavi yöntemleri ile (f) bendinde belirtilen sağlık hizmetlerinin türlerini, miktarlarını ve kullanım sürelerini, ödeme usul ve esaslarını Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığının görüşünü alarak belirlemeye yetkilidir. Ancak, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının görüşünün alınması (f) bendinde belirtilen ortez, protez ve diğer iyileştirici nitelikteki araç ve gereçlerin miktarını, standartlarını, sağlanmasını, uygulanmasını, kullanma sürelerini ve garanti süresi sonrası bakım, onarım ve yenilenmesi hususlarını kapsar. Kurum, bu amaçla komisyonlar kurabilir, ulusal ve uluslararası tüzel kişilerle işbirliği yapabilir. Komisyonların çalışma usul ve esasları Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Kurumca belirleneceği belirtilmiştir. Anılan Kanunun 64. maddesinin uyuşmazlık konusu dönemdeki düzenlemesine göre; Kurumca finansmanı sağlanmayacak sağlık hizmetlerinin, vücut bütünlüğünü sağlamak amacıyla yapılan ve iş kazası ile meslek hastalığına, kazaya, hastalıklara veya konjenital nedenlere bağlı olarak ortaya çıkan durumlarda yapılacak sağlık hizmetleri dışında estetik amaçlı yapılan her türlü sağlık hizmeti ile estetik amaçlı ortodontik diş tedavileri; Geleneksel, tamamlayıcı, alternatif tıp uygulamaları ve Sağlık Bakanlığınca izin veya ruhsat verilmeyen sağlık hizmetleri ile Sağlık Bakanlığınca tıbben sağlık hizmeti olduğu kabul edilmeyen sağlık hizmetleri, yabancı ülke vatandaşlarının, genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayıldığı tarihten önce mevcut olan kronik hastalıkları olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde 72. maddesinde 65 inci madde gereği ödenecek gündelik, yol,

yatak ve yemek giderlerinin Kurumca ödenecek bedellerini belirlemeye Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu yetkilidir. Komisyon, tıp eğitimi, hizmet basamağını, alt yapı ve kaynak kullanımı ile maliyet unsurlarını dikkate alarak sağlık hizmeti sunucularını fiyatlandırmaya esas olmak üzere ayrı ayrı sınıflandırabilir. Komisyon, 63 üncü madde hükümlerine göre finansmanı sağlanan sağlık hizmetlerinin Kurumca ödenecek bedellerini; sağlık hizmetinin sunulduğu il ve basamak, Devletin doğrudan veya dolaylı olarak sağlamış olduğu sübvansiyonlar, sağlık hizmetinin niteliği itibarıyla hayati öneme sahip olup olmaması, kanıta dayalı tıp uygulamaları, maliyet-etkililik ölçütleri ve genel sağlık sigortası bütçesi dikkate alınmak suretiyle, her sınıf için tek tek veya gruplandırarak belirlemeye yetkili olduğu belirtilmiştir.

Aynı şekilde katılım payı alınması kenar başlıklı 68. maddesinde, 63 üncü maddede sayılan sağlık hizmetlerinden katılım payı alınacak olanlar şunlardır: Ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi, Vücut dışı protez ve ortezler, ayakta tedavide sağlanan ilaçlar, kurumca belirlenecek hastalık gruplarına göre yatarak tedavide finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri olduğu, katılım paylarının hesaplanmasında 72 nci maddeye göre tespit edilen sağlık hizmeti tutarları esas alınacağı, katılım paylarının ödenme usûlleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği, 69.maddesinde ise, 68 inci maddede sayılan sağlık hizmetlerinden katılım payı alınmayacak haller, sağlık hizmetleri ve kişilerin Sağlık raporu ile belgelendirilmek şartıyla; Kurumca belirlenen kronik hastalıklar ve hayati önemi haiz 68 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sağlık hizmetleri ile organ, doku ve kök hücre; nakli şeklinde belirtilmiştir.

Somut olayda, öncelikle davacıya ait tüm tedavi evrakları celp edilerek ve yukarıda açıklanan mevzuat kapsamında irdeleme yapılmak suretiyle; davaya konu ilacın söz konusu kanser hastalığının tedavisinde hayati öneme haiz ve kullanılmasının zorunlu olup olmadığı, dolayısıyla kullanılmasının tıbben ve fennen sigortalının iyileşmesine katkıda bulunup bulunmayacağı, ilacın hangi tür kanser hastalarında hangi evrede ve hangi dozda kullanılacağı ve bu hususların nasıl belirleneceğinin, davaya konu ilaçla yapılacak tedavinin bilinen mevcut tedavi yöntemlerine göre daha etkin ve daha yararlı olup olmadığına üniversitelerin tıbbi onkoloji bilim dalından alınacak sağlık kurulu raporu ile saptanmalı, bu saptama yapılırken dosya içinde mevcut görüş, karar ve raporlarda irdelenip varsa çelişkiler giderilmeli, ayrıca bu belirleme yapılırken iyileştirme kavramından anlaşılması gerekenin sigortalı hastanın sağlığına kavuşması ve hastalığın iyileşmesi hususu olduğu göz önünde tutulmalıdır.

Bu kapsamda yapılacak araştırmalar sonucunda; davaya konu ilacın anılan hastalığın iyileşmesi için tedavisinde kullanılmasının hayati öneme haiz ve zorunlu olduğu sonucuna varıldığı takdirde ise ilaç bedelinin uygunluğu

yönünden ve katkı payını da irdeleyecek biçimde denetime elverişli hesap raporu alınarak sonucuna göre karar verilmelidir.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde karar tesisi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve ... Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin kararının kaldırılarak İlk Derece Mahkemesince verilen hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: ... Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi kararının HMK'nın 373/1 maddesi gereği kaldırılarak, temyiz edilen ilk derece mahkemesi hükmünün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, Üye ...'ın muhalefetine karşı, oyçokluğuyla 22.10.2021 gününde karar verildi.

KARŞI OY

A. Temel Uyuşmazlık:

1. Çoğunluk ile aradaki temel uyuşmazlık, “davalı kurum sigortalısı olarak yaşlılık aylığı bağlanan, ancak akciğer kanseri hastası olan davacı sigortalının tedavisi süresince kullanacağı Pembrolizumab (Keytruda) ilacına ait bedellerin kurumca karşılanıp karşılanmayacağı” noktasında toplanmaktadır.

2. İlk derece mahkemesince yapılan yargılama sonunda, “davacı hakkında ...Eğitim ve Araştırma Hastanesi’nce düzenlenen sağlık kurulu raporunda “hastanın Pembrolizumab (Keytruda) 200 mg/gün 1.gün her 21 günde bir probresyona veya toksisiteye kadar kullanması uygundur” şeklinde rapor tanzim edildiği, Sağlık Bakanlığı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu 11/10/2019 tarihli yazısında da davacı için “metastatik akciğer adeno CA” tanısının tedavisinde pembrolizumab (keytruda) etkin maddeli ilaç/ilaçların kullanımına uygun görüldüğü, yargılama sırasında mahkememizce davacının rahatsızlığının tedavisine konu tedavi belgelerinin getirtilerek E. Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Onkoloji Anabilim Dalı’ndan rapor istenildiği, E. Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Başhekimliği tarafından düzenlendiği “metastatik akciğer kanseri tanılı hastanın PDL 1 yüzdesi de yüksek olduğunu, immunoterapiden fayda göreceğini düşünmekteyiz. Zira hastanın kullandığı süreçte de herhangi bir hastalık artışı olmadığından fayda gördüğü açıktır. Kemoterapi seçenekleri ile bu faydanın olup olmayacağı öngörülemez...” şeklinde rapor tanzim edildiği, tüm dosya kapsamından anlaşılacağı üzere; Pembrolizumab (Keytruda) isimli ilacın kullanımından davacının fayda gördüğü, her ne kadar davalı vekili tarafından davaya konu Pemrolizumab etken maddeli Keytruda isimli ilacın

Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği ve eki EK4/A gereği bedeli ödenecek ilaçlar listesinde yer almadığından bedelinin kurumca karşılanması mümkün olmadığından bahisle davanın reddi talep edilmiş ise de; davacının bahse konu ilaçtan tüm raporlar dikkate alındığında kullanımından fayda gördüğü, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın ikinci maddesinde de belirtildiği üzere Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir devlet olduğu, yine Anayasanın 17. maddesinde belirtildiği üzere herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, bu haliyle yaşam hakkının Anayasa-da düzenlenmiş temel haklardan olduğu” gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

3. Kararın davalı kurum tarafından istinaf edilmesi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesi Dairenin önceki ve Anayasa Mahkemesi kararlarına atf yaparak “davacının metastatik akciğer adeno CA tanısının tedavisinde bir süre kullandığı anlaşılan pembrolizumab (Keytruda) isimli ilacın hastalığının tedavisinde faydasının bulunduğu E. Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi raporu ile ortaya konulmuş olmakla, AİHM Akdeniz v. Türkiye başlıklı 50624/19 başvuru numaralı dosyası üzerinden verilen karar ile Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru (2020/23206, 2020/22945, 2020/23242) kararları ışığında, hukuki güvenlik ve eşitlik ilkeleri de gözetilmek suretiyle, sıralanan maddi ve hukuki olgular ışığında yapılan değerlendirme sonucunda, davanın kabulüne ilişkin ilk derece mahkemesi kararında herhangi bir hata bulunmadığı” gerekçesi ile istinaf isteminin esaslan reddine karar verilmiştir.

4. Kararın kurum tarafından temyizi üzerine çoğunluk görüşü ile “davaya konu ilacın söz konusu kanser hastalığının tedavisinde hayati öneme haiz ve kullanılmasının zorunlu olup olmadığı, dolayısıyla kullanılmasının tıbben ve fennen sigortalının iyileşmesine katkıda bulunup bulunmayacağı, ilacın hangi tür kanser hastalarında hangi evrede ve hangi dozda kullanılacağı ve bu hususların nasıl belirleneceğinin, davaya konu ilaçla yapılacak tedavinin bilinen mevcut tedavi yöntemlerine göre daha etkin ve daha yararlı olup olmadığına üniversitelerin tıbbi onkoloji bilim dalından alınacak sağlık kurulu raporu ile saptanmalı, bu saptama yapılırken dosya içinde mevcut görüş, karar ve raporlarda irdelenip varsa çelişkiler giderilmeli, ayrıca bu belirleme yapılırken iyileştirme kavramından anlaşılması gerekenin sigortalı hastanın sağlığına kavuşması ve hastalığın iyileşmesi hususu olduğu göz önünde bulundurulması, ilacın anılan hastalığın iyileşmesi için tedavisinde kullanılmasının hayati öneme haiz ve zorunlu olduğu sonucuna varıldığı takdirde ise ilaç bedelinin uygunluğu yönünden ve katkı payını da irdelenecek biçimde denetime elverişli hesap raporu alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği” gerekçesi ile eksik incelemeden bozulmasına karar verilmiştir.

B. Uluslararası Sözleşmeler;

5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesine göre “Herkesin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur”. Yaşama hakkı, insan yaşamını korur. Yaşama hakkının koruma alanının sınırlarını devletin yükümlülükleri çizer. Sözleşme’nin 2. maddesi devlete üç tür yükümlülük yükleyecek şekilde yorumlanmıştır. Birincisi, devletin bireyi ‘öldürmeme yükümlülüğü’; ikincisi ‘yaşamı koruma yükümlülüğü’; üçüncüsü, ‘ölümü soruşturma yükümlülüğü’dür.

6. Türkiye’nin Sözleşmenin 2. maddesinin (b) fıkrasında öngörülen yetkiye dayanarak, sadece hastalık ödeneklerine ilişkin III>ncü, ihtiyarlık yardımlarına ilişkin V nci, iş kazalarıyla meslek hastalıkları halinde yapılacak yardımlara ilişkin VI ncı, maluliyet yardımlarına ilişkin IX uncu ve ölüm yardımlarına ilişkin X ncu bölümlerine ait mükellefiyetlerin kabulü, sağlık yardımlarına ilişkin II nci ve analık yardımlarına ilişkin VIII inci bölümlere ait mükellefiyetlerin ise sözleşmenin 3. maddesinde öngörülen yetkiye dayanılarak 9. maddesinin (d) fıkrası ile 48. maddenin (c) fıkrasındaki geçici istisna hükümlerinden yararlanmak suretiyle kabulü onayladığı, 102 sayılı Sosyal Güvenlik (Asgari standartlar) Sözleşmesine göre her üyenin “koruyucu mahiyette veya tedavi şeklinde sağlık yardımları yapılmasını teminat altına alacağı(II. Bölüm Madde 7), yardım yapılacak halin, sebebi ne olursa olsun hastalık hali ile gebelik, doğum ve bunların doğurduğu neticeler olduğu (II. Bölüm Madde 8), hastalık halinde; hekim reçetesiyle lüzum gösterilen ilaçları temin edeceği (II. Bölüm Madde 10.a.III) ve yardımdan faydalananlar veya bunların aile reislerinin, hastalık halinde yapılacak sağlık yardımı masraflarına iştirak ettirilebileceği, ancak bu iştirake taallük eden esasların ilgiliye ağır bir yük teşkil etmeyecek şekilde tesbit edilmesi gerektiği belirtilmiş ve yapılacak yardımların, korunan kimsenin sağlığını korumaya, çalışma gücünü iadeye ve şahsi ihtiyaçlarını karşılayabilme kabiliyetini artırmaya matuf olacağı açıklanmıştır(II. Bölüm Madde 10).

7. 102 sayılı sözleşmede düzenlenen sosyal güvenlik hakkı vazgeçilmez bir temel haktır. Bu kapsamda hastalık halinde tedavisi temel hak olan yaşam hakkını da ilgilendirdiğine göre Anayasa’nın 90/son maddesi uyarınca, onaylanan sözleşme hükümlerine iç hukuk normu olarak üstünlük tanınması gerekir.

8. Avrupa konseyinin kabul ettiği ve Türkiye’nin de üye olduğu Avrupa Sosyal Şartı’nın 12. maddesine göre “Tüm çalışanlar ve bakmakla yükümlü oldukları kişiler, sosyal güvenlik hakkına sahiptir”. 13. maddesine göre ise “Yeterli kaynaklardan yoksun olan herkes, sosyal ve tıbbi yardım alma hakkına sahiptir”. Şart “sosyal yardım ve sosyal güvenlik” konularını iki farklı madde altında düzenlemiş ve farklı yükümlülükler getirmiştir. Komite, 12. ve 13. maddelere nezaret etme ve bunları yorumlama amacıyla yardımları sosyal güvenlik ve sosyal yardım olarak sınıflandırmak üzere ölçütler belirlemiştir.

Ulusal hukukun bir yardıma ilişkin yaptığı sınırlandırma nihai olmak zorunda değildir. Genel rejimler ile mesleki rejimlerden oluşan sosyal güvenlik sistemi, 12. madde bağlamında belirli beklenmedik olaylar (hastalık, iş maluliyeti, analık, aile yükümlülükleri işsizlik, yaşlılık, ölüm, dul kalma, mesleki kazalar ve hastalıklar) ile ilişkili primli, primsiz ve bunların birleşiminden oluşan (karma) yardımları kapsamaktadır. Ancak beklenmedik olaydan kaynaklanabilecek ihtiyaç durumunu iyileştirmek amacını taşıyan yardımları kapsamaz. 13. madde bağlamındaki sosyal yardım ise ne belirli bir riski kapsayan bir sosyal güvenlik rejimine ilişkin herhangi bir üyelik şartı ne de mesleki faaliyet veya prim ödeme koşulu aranmaksızın tamamıyla bireysel ihtiyaç bazında verilen yardımları ilgilendirmektedir. Yardım ilgili kişinin yeterli kaynaklara sahip olmasını sağlayan herhangi bir sosyal güvenlik yardımının bulunmadığı durumlarda verilmektedir. (Çiçekli, Avrupa Sosyal Şartı-Temel Rehber, s.165-166., Erdoğan, G. Avrupa Sosyal Şartı Ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı. TBB Dergisi, Sayı 77, 2008. s: 147)

9. Diğer taraftan Dünya Sağlık Örgütü'nün 1985 yılında Nairobi de tanımladığı şekli ile Akılcı İlaç Kullanımı kavramına da yer vermek gerekir. "Kişilerin klinik bulgularına ve bireysel özelliklerine göre uygun ilacı, uygun süre ve dozda, en uygun maliyetle ve kolayca sağlayabilmeleri" akılcı ilaç kullanımı kapsamında değerlendirilmektedir. Akılcı ilaç kullanımı, öncelikle halkın sağlığını ve toplumun çıkarını gözetir.

10. Akılcı İlaç Kullanımı kapsamında öncelikle hastanın probleminin tanımlanması, kısaca hekim tarafından doğru teşhis konulması, sonrasında ise etkili tedavinin tanımlanması, ilaçlı tedavi uygulanacaksa uygun ilacın seçimi, dozunun ve uygulama süresinin belirlenmesi ve uygun reçete yazılması, sırası ile izlenmelidir.

C. İç hukuk mevzuatımız:

11. Anayasamıza göre; Türkiye Devleti, "Sosyal bir hukuk devletidir(Mad. 2) Kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaştırmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma görevi vardır(Mad. 5). Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir(Mad. 17). Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler(Mad. 56/3). Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir (Mad. 56/4). Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir(Mad. 60/1). Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve

teşkilatı kurar(Mad. 60/2). Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir(Mad. 65)”.

12. Sosyal hukuk devleti; insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirerek ve ekonomik önlemler olarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetilen devlettir. Çağdaş devlet anlayışı sosyal hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını gerekli kılar.

13. Sosyal Güvenlik hakkını düzenleyen 5510 sayılı Kanunun amacının “sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortası bakımından kişileri güvence altına almak; bu sigortalardan yararlanacak kişileri ve sağlanacak hakları, bu haklardan yararlanma şartları ile finansman ve karşılanma yöntemlerini belirlemek” olduğu birinci maddesinde açıklanmıştır.

14. 5754 sayılı Yasayla büyük ölçüde revize edilen hükümlerle kurulan Genel Sağlık Sigortası (GSS), kişilerin öncelikle sağlıklarının korunmasını, sağlık riskleri ile karşılaşılması halinde ise oluşan harcamaların finansmanını sağlayan bir sigorta kolu olup, yabancılar da dahil ülkede yaşayan herkesi belli şartlarla sağlık güvencesine kavuşturmayı hedeflemektedir. Sisteme üye olmak zorunlu olup, sistem prime dayalıdır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 3/8 maddesinde “Genel sağlık sigortası: Kişilerin öncelikle sağlıklarının korunmasını, sağlık riskleri ile karşılaşmaları halinde ise oluşan harcamaların finansmanını sağlayan sigorta” olarak tanımlanmıştır. Genel Sağlık Sigortası, Başbakanlık Sosyal Güvenlik Reformu Kitapçığında (s.261) “kişilerin ekonomik gücüne ve isteğine bakılmaksızın ortaya çıkacak hastalık riskine karşı, toplumun tüm bireylerinin sağlık hizmetlerinden eşit, kolay ulaşılabilir ve etkin bir şekilde yararlanabilmelerini sağlayan sağlık sigortası” olarak tanımlanmıştır. GSS bizatihi sağlık hizmeti veren bir sigorta kolu olmayıp sağlık hizmetlerinin finansmanını sağlayan bir sigorta koludur. Diğer bir ifade ile GSS, sağlık hizmetlerini dışarıdan satın alma yöntemiyle yerine getirir. Herkesi kapsama alacak genel sağlık sigortası sistemi oluşturulması, herkese sağlık hizmeti verilmesi amaçlanmıştır(Tuncay, Can. A., Yargıtay'ın Sosyal Güvenlik Hukuku İle İlgili 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi tebliğinden).

15. 5510 sayılı Kanununun 62. maddesine göre “Bu Kanun gereğince genel sağlık sigortasından sağlanacak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan

yararlanmak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bir hak, Kurum için ise bu hizmet ve hakların finansmanını sağlamak bir yükümlülüktür. Sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan genel sağlık sigortalısı ile bakmakla yükümlü olduğu kişiler yararlandırılır. Bu Kanun kapsamındaki kişilere sağlanacak sağlık hizmetleri ve diğer haklar ile kişilerden alınan primlerin tutarı arasında ilişki kurulamaz.”

16. 5510 sayılı Kanununun 63. maddesinde “Genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını; hastalanmaları halinde sağlıklarını kazanmalarını; iş kazası ile meslek hastalığı, hastalık ve analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanmasını, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını temin etmek amacıyla Kurumca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri” arasında “Kişilerin hastalanmaları halinde ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, hasta takibi ve rehabilitasyon hizmetleri, organ, doku ve kök hücre nakline ve hücre tedavilerine yönelik sağlık hizmetleri, acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbî bakım ve tedaviler(63/1.b)” ve bu bent uyarınca “bentler gereğince sağlanacak sağlık hizmetleriyle ilgili teşhis ve tedavileri için gerekli olabilecek kan ve kan ürünleri, kemik iliği, aşı, ilaç, ortez, protez, tıbbî araç ve gereç, kişi kullanımına mahsus tıbbî cihaz, tıbbî sarf, iyileştirici nitelikteki tıbbî sarf malzemelerinin sağlanması, takılması, garanti süresi sonrası bakımı, onarılması ve yenilenmesi hizmetleri(63/1.f) sayılmıştır. Maddenin 2. Fıkrasında ise “Kurumun, finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin teşhis ve tedavi yöntemleri ile (f) bendinde belirtilen sağlık hizmetlerinin türlerini, miktarlarını ve kullanım sürelerini, ödeme usul ve esaslarını Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığının görüşünü alarak belirlemeye yetkili” olduğu açıklanmıştır.

D. Emsal yargı kararları:

17. İnsan yaşamının kutsallığı ve temel insan haklarından olan, yaşama ve sosyal güvenlik hakkının özüne dokunacak sınırlamalar getirilemeyeceği yönündeki ilkeler göz önüne alındığında; ilaç salınımlı stentle sınırlı olarak, uyuşmazlığın, hekimin tercihine üstünlük tanınarak giderilip, tedavide kullanılması durumunda, ilaç salınımlı stentin, hasta açısından tıbben gerekli olduğu esas alınarak sonuca gidilmesi gerekir(Y. 10. HD. 15.3.2013 tarih ve E. 2012, K. 4954).

18. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 10.4.2013 tarih ve E. 2606, K. 1271 sayılı karar. Dava SGK ile Türk Eczacıları Birliği arasında imzalanan «Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları

Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokolün» 3.7. maddesinin 1. fıkrasının (c) ve (d) bentlerinin iptali istemiyle açılmıştır. 9.7.2008 tarihinde imzalanan Protokol'ün 3.7. maddesinde yedi bent halinde sayılan kimi ilaçların sağlanması sisteme dahil eczanelerden sırasıyla yapılacağı öngörölmüş, bu uygulama kimi kan hastaları ile diyaliz hastalarının ilaca erişimini zorlaştırmıştır. Özellikle haftada üç - dört kez diyaliz tedavisi gören hastaların uygulamadan olumsuz etkilendiği, çünkü ilgili hekim tarafından yazılan ilaçların temini için öncelikle sıranın hangi eczanede olduğunun ilgili Eczacı Odasından sorulduğu, Odanın yönlendirmesi ile gidilen eczaneden ilacın alınması sonrasında tekrar Eczacı Odasına onaylatıldığı anlaşılmakta, bunun ise özellikle büyük kentlerde hastanın tedavisinde gecikmelere neden olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, protokolün dava konusu kuralının, kimi hastalar yönünden tedavilerinde kullanılan ilaçlara ulaşımını ve dolayısıyla tedavilerinin zamanında yapılmasını engellediği sonucuna varıldığından Protokolün 3.7. maddesinin, bir yandan Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesine, 17. maddesindeki kişinin dokunulmazlığı, yaşama, maddi ve manevi varlığının korunması hakkına sahip olduğu hükmüne, 56. maddesindeki sağlık hakkına, 60. maddesindeki sosyal güvenlik hakkına aykırı görülerek Danıştay 10. HD.nin bu görüşlerle bağdaşmayan kararının bozulmasına karar vermiştir. Genel Kurul kararında Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsünün kişinin gerekli tedaviyi en hızlı biçimde alma hakkına sahip olduğuna dair 7. madde hükmü ile başta İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olmak üzere diğer uluslararası sözleşmelerde bahsi geçen sosyal güvenlik hakkına ilişkin hükümlere de atıf yapılmıştır(Tuncay, Can. A, Yargıtay'ın Sosyal Güvenlik Hukuku İle İlgili 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi tebliğinden).

19. AİHM, 2012 yılında verdiği Panaitescu / Romanya kararında Başvurucunun tedavisi için gerekli iki ilacın pahalı olduğu gerekçesi ile karşılanmaması ve Hamburg'da 2 aylık tedavi için gereken masrafların karşılanmamasını konusunu incelemiştir. Başvurucu lehine ilaç ve tedavi masraflarının karşılanması gerektiğini belirten yerel mahkeme kararı vardır. AİHM bu kararlara rağmen tedavi masraflarının karşılanmamasının usul açısında yaşam hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. AİHM, yaşam hakkını korumakla görevli olan devletin mali sebepleri mazeret göstererek mahkeme kararlarını uygulamasını geciktiremeyeceğini belirtmiştir.

20. AİHM benzer bir yaklaşımla yaşam riski olan A.A/Türkiye (Başvuru No: 50624/19) başvurusunda 2.10.2019 tarihinde tedbir kararı vermiştir. Başvurucunun tedavisi için hayati öneme sahip ilacın temini için daha önce iş mahkemesine ve Anayasa Mahkemesine yaptığı tedbir talepleri olumsuz sonuçlanmıştır. Bunun üzerine başvuru AİHM başvurmak zorunda kalmıştır. AİHM Başvurucunun yaşam hakkının riske girdiğini dikkate alarak, Başvurucunun herhangi bir kişisel masrafa maruz kalmadan, Pembrolizumab etken

maddeli Keytruda isimli ilacın tedavisinden faydalandırılması gerektiğini Hükümete bildirmiştir. Hükümetin tedbir kararı sonrası gerekli tedaviyi sağlama-sında sonra tedbir kararı kaldırılmıştır.

21. Anayasa Mahkemesi 7.1.2020 tarihli D. B. (B. No:2019/41507 tedbir kararı) kararında hastalar için hayati öneme sahip ilaçların temini konusunda şu ilkeleri ortaya koymuştur.

“Sağlık ve sosyal güvenlik hakları, Anayasa’nın 56. ve 60. maddelerinde güvence altına alınmış olmakla ve devletin söz konusu alanlarda görevleri bulunmakla birlikte, Anayasa’nın 65. maddesinde de öngörüldüğü üzere devletin bu görevlerini, öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmesi gerekmektedir(Fıkra 27).

Devletin vücut bütünlüğünü koruma konusundaki ödevi, sağlık hizmetlerinin mutlak anlamda ücretsiz olarak sağlanacağı şeklinde yorumlanamaz (Salim Sayın, B. No: 2013/3382, 4/11/2015, § 41). Devletin bireylere sağlık hizmeti sunma konusundaki yükümlülüğü, ülkenin sosyal ve ekonomik gerçekleriyle yakından ilgilidir. Bu nedenle devlet, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılabilmesi noktasında, kaynakların tahsis edildiği alanlara ilişkin bazı sınırlamalar öngörebilir. Dolayısıyla sağlık hizmeti sunma konusunda devletin pozitif yükümlülüğünün ekonomik sınırları belirlenirken, devletin kamu kaynaklarını kullanma konusundaki takdir hakkı ile tedavi ücretlerinin bireylere yüklediği ekonomik külfet arasında makul bir denge kurulmalıdır (Salim Sayın, § 40)(Fıkra 28).

22. Sosyal güvenlik, bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alabilmektir. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak, kişilerin yaşlılık, hastalık, malûllük, kaza ve ölüm gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır. (Anayasa Mahkemesi’nin 15.12.2006 tarih ve E:2006/III, K:2006/112 sayılı kararı)

23. Bu kapsamda özellikle Anayasanın 65. maddesinde yer alan; Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirebileceğine ilişkin düzenleme ile; Devlete, Anayasa ile yüklenen ödevler arasında öncelikler gözetilmek suretiyle mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde görevlerini yerine getirme imkanı tanınmış olup, bu öncelikler arasında yaşama hakkı da dahil olmak üzere kişilerin ruh ve fizik sağlığı içinde insana yaraşır bir hayat sürdürmesini sağlama görevinin en öncelikli olduğunu belirtmekte fayda vardır (Y. 10. HD. 2014/25784 E ve 2015/3636 K).

E. SOSYAL GÜVENLİK HAKKININ NİTELİĞİ;

24. Yaşam ve sosyal güvenlik hakları, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış evrensel temel insan haklarıdır. Anayasa Mahkemesi, tedbir kararlarında da belirttiği şekilde sağlık hakkını (temelde sosyal güvenlik hakkını) sadece bir sosyal hak olarak görmemekte, aynı zamanda Anayasa'nın 17. maddesine göre "yaşam hakkı" kapsamında saymaktadır. Yaşama hakkının varlık nedeni, insanı doğal olmayan ölüme karşı korumaktır. Yaşama hakkı, esas itibarıyla yaşamın sürdürülmesini de güvence altına alır.

25. Sosyal güvenlik hakkı dayanışma ilkesine dayanır. Sosyal güvenlik insanın biyolojik, doğal ve toplumsal risklere karşı güvence altında olmasıdır. Sosyal güvenlik insanın kaderinin piyasaya ve başkalarının insafına terk edilmemesi demektir.

26. Devletler, kişilerin sağlığını ve yaşamını korumak için tedbirler almak zorundadır. Özellikle yaşam hakkının doğrudan ihlali oluşturabilecek durumlarda devletin, tedaviye ve ilaca erişim/bütçe olanakları şeklinde orantılamının geçerli olmadığı kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla kişiler devletin genel olarak herkese sağladığı tedaviden daha yükseğini talep etmesi sosyal haklar kapsamında bir talep olduğu için kabul edilmemektedir. Fakat tedavi veya ilaç temin edilmediği durumlarda kişinin bedensel bütünlüğü bozulacak veya ölüm riski ile karşılaşılacaksa yaşam hakkı kapsamında değerlendirilmekte, bu durumda devletin korumak zorunda olduğu yaşam hakkı kapsamında bir pozitif yükümlülük ortaya çıkmaktadır. Kısaca devletin kişilerin yaşamını koruma için zorunlu ilaçları temin etmesi gerekir.

27. Genelde GSS kapsamında olan kişilerin özelde ise kurum sigortalısının yaşam ve sağlığının Kurumun mali tasarruf kaygılarına üstün tutulması gerektiği açıktır. Sosyal güvenlik ve yaşam hakkının korunmasında, kişinin sağlığına tedavi ile kavuşması yanında, tedavinin hastalığı tedavi etmese bile yaşamını uzatması, alınacak ilacın yararlı olması, başka bir anlatımla uluslararası sözleşmeler ve akılcı ilaç kullanımı ilkelerinde belirtildiği gibi yapılacak yardımların, korunan kimsenin sağlığını korumaya, çalışma gücünü iadeye ve şahsi ihtiyaçlarını karşılayabilme kabiliyetini artırmaya matuf olması yeterlidir.

28. Yaşam hakkı kapsamında tedavi ve ilaç temin edilmesinde, hastanın probleminin tanımlanması, hekim tarafından doğru teşhis konulması, sonrasında ise etkili tedavinin tanımlanması, ilaçlı tedavi uygulanacaksa uygun ilacın seçimi, dozunun ve uygulama süresinin belirlenmesi ve uygun reçete yazılması" aranmalıdır. Yaşam hakkı, salt insanın biyolojik-fiziksel yaşamını değil, hukuksal bir değer olarak onun yaşama hakkını da korumayı içerir.

29. Belirtmek gerekir ki, hastanın probleminin tanımlanması, doğru teşhis konulması, etkili tedavinin tanımlanması, uygun ilaç seçimi, dozu ve uygula-

ma süresi belirlenmesi ve uygun reçete yazılması, tedavi uygulayan hekime aittir. Hekimin bu yönetime uygun hareket edip etmediği ancak denetlenebilir. Hekimin bu tespiti sağlık kurulu raporu ile desteklenmiş ve yargılama sırasında tekrar rapor alınmış ve uygun bulunmuş ise artık akılcı ilaç kullanımından söz edilmeli, bu kapsamda tedavi ve buna bağlı olarak ilaç giderleri karşılanmalıdır.

F. SOMUT UYUŞMAZLIK:

30. Davacı davalı kurum sigortalısı olup, sosyal güvenlik hakkı bulunmaktadır. Davacı kanser tedavisi görmektedir. 5510 sayılı kanununun 62. maddesi uyarınca genel sağlık sigortasından sağlanacak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanmak, genel sağlık sigortalısı olan davacı için bir hak, Kurum için ise bu hizmet ve hakların finansmanını sağlamak bir yükümlülüktür.

31. Davacı hakkında ...Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nce düzenlenen sağlık kurulu raporunda "hastanın Pembrolizumab (Keytruda) 200 mg/gün 1.gün her 21 günde bir probresyona veya toksisiteye kadar kullanması uygundur" şeklinde rapor tanzim edilmiştir.

32. Sağlık Bakanlığı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu 11/10/2019 tarihli yazısında da davacı için "metastatik akciğer adeno CA" tanısının tedavisinde pembrolizumab(keytruda)etkin maddeli ilaç/ilaçların kullanımına uygun görülmüştür.

33. Yargılama sırasında davacının rahatsızlığının tedavisine konu tedavi belgelerinin getirilerek E. Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Onkoloji Anabilim Dalı'ndan rapor alınmış ve E. Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Başhekimliği "metastatik akciğer kanseri tanıılı davacı hastanın PDL 1 yüzdesi de yüksek olan, immunoterapiden fayda göreceği, hastanın kullandığı süreçte de herhangi bir hastalık artışı olmadığından fayda gördüğünün açık olduğunu, kemoterapi seçenekleri ile bu faydanın olup olmayacağını öngörülemediğini" belirleyen rapor tanzim etmiştir.

34. Dosya içeriğine ve açıklanan maddi ve hukuki olgulara göre kanser hastası olan davacı açısından "Pembrolizumab (Keytruda)" ilaç kullanımı akılcı ilaç kullanım kapsamında kalmaktadır. Zira doğru teşhis konulmuş, anılan ilaç uygun olarak seçilmiş, dozu ve uygulama süresi belirlenmiş ve reçeteye bağlanmıştır. Yargılama aşamasında da davacının hastalığının ilerlemesini durdurduğu, tedavide fayda gördüğü alınan raporla saptanmıştır. Davacının yaşam süresinin uzaması, yaşam ve sosyal güvenlik hakkı kapsamındadır. İlacın esas itibarıyla yaşamın sürdürülmesini sağladığı anlaşıldığından, devletin yaşamı koruma yükümlülüğü içinde kaldığı açıktır. Burada salt iyileşme ve sağlığa kavuşma aranması, yaşam hakkının kısıtlanması anlamına gelecektir. Anılan ilacın deneysel olmadığı, Dünya Sağlık Örgütüncü onaylandığı da anlaşılmalıdır.

tadır. İlk derece mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesinin kararları isabetlidir. Çoğunluğun Uluslararası Sözleşmeler ve Anayasa hükümlerine aykırı olarak, yaşam ve sosyal güvenlik hakkını sınırlayıcı şekilde ve özellikle akılcı ilaç kullanımı ilkelerine uygun olarak tedaviyi uygulayan hekimin ve bunu doğru bulan raporları yok sayarak, “sigortalı hastanın sağlığına kavuşması ve hastalığın iyileşmesi hususu olduğu göz önünde bulundurulması, ilacın anılan hastalığın iyileşmesi için tedavisinde kullanılmasının hayati öneme haiz ve zorunlu olduğu sonucuna varıldığı takdirde ise ilaç bedelinin uygunluğu yönünden ve katkı payını da irdelenecek biçimde denetime elverişli hesap raporu alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği” gerekçesi ile ilk derece mahkemesi kararını bozması görtüşüne katılmamıştır.

5434 SAYILI KANUNA GÖRE HAK KAZANILAN FİİLİ HİZMET ZAMMININ HİZMET BİRLEŞTİRİLMESİ VE TAHSİS AŞAMASINDA NASIL DİKKATE ALINACAĞI - BU SÜRENİN 506 SAYILI YASA KAPSAMINDAKİ TAHSİS İŞLEMLERİNDE SİGORTALILIK BAŞLANGIÇ TARİHİNDEN GERİYE GİDİLMEK SURETİYLE SİGORTALILIK SÜRESİNE EKLENİP EKLENMEYECEĞİ - BU SÜRE ÜZERİNDEN BELİRLENECEK YAŞ HADDİNDEN DÜŞÜLÜP DÜŞÜLEMEYECEĞİ

T.C.

YARGITAY

10. HUKUK DAİRESİ

ESAS NO : 2021/535

KARAR NO: 2021/17117

TARİHİ : 30.12.2021

DAVA:

Dava, 5434 sayılı Yasa kapsamında geçen fiili hizmet zammı süresi dikkate alınarak, emeklilik başvurusu yapılabilecek tarihin 05.09.2019 olarak tespiti istemine ilişkindir.

İlk Derece Mahkemesince, hükümde belirtilen gerekçelerle davanın kabulüne dair verilen karara karşı davalı Kurum vekili tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine... Bölge Adliye Mahkemesi 34. Hukuk Dairesince davalı Kurumun istinaf başvurusunun esastan kabulüne, İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılmasına, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

... Bölge Adliye Mahkemesi 34. Hukuk Dairesince verilen kararın, davacı ve davalı Kurum vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

I-İSTEM:

Davacı vekili, müvekkilinin askeri öğrenci olarak adım attığı T. bünyesinde 5434 sayılı Kanun'a tabi olarak muvazzaf subay çalıştığını ve 23.11.2010 tarihinde istifa ederek bu görevinden ayrıldığını, istifa sonrasında özel bir hayatı şirketine çalışmaya başladığını, emeklilik tarihinin tespiti için davalı Kuruma dilekçe ile başvurulduğunu, başvurunun sonrasında ...Sosyal Güvenlik Kurumu 18.12.2017 tarih ve ...sayılı yazısı ile müvekkilinin 52 yaşını dol-

durduğu tarihte emekli olabileceğinin söylediğini, 08.09.1999 tarihinden önce işe başlayanların hak ettikleri fiili hizmet süresi zamlarının tamamının hem sigorta başlangıç tarihinden geriye çekilmesi hem de emeklilik yaş haddinden indirilmesi gerektiğini, ... Sosyal Güvenlik Merkezi'nin yazısı incelendiğinde sigorta başlangıç tarihinin bu sürenin tamamı kadar geri çekilmediğini, fiili hizmet zammının tamamı kadar geri çekilmiş olması halinde sigorta başlangıç tarihinin 22.11.1987 olacağını, emekli olabileceği yaşın 50 olacağını, 50 yaşını dolduracağı tarihin 28.06.2023 olacağını, müvekkilinin 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 32. maddesindeki düzenlemeye göre fiili hizmet süresine zam yapılanlardan olduğunu, 28.06.2023 tarihinden 3 yıl 9 ay 23 gün düşüldüğü zaman müvekkilinin emeklilik tarihinin 05.09.2019 olduğunu belirterek, müvekkilinin hak etmiş olduğu 3 yıl 9 ay 23 günlük fiili hizmet zammı süresinin tamamının, sigorta başlangıç tarihinden geri çekilmesine, geri çekilmesi neticesinde bulunacak emeklilik yaş haddinden de düşülerek emeklilik tarihinin (emeklilik başvurusunun yapılacağı tarihin) 05.09.2019 olarak tespit edilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

II-CEVAP:

Davalı Kurum vekili; sigortalının müvekkili kurumdan emekli olabilmesi için gerekli olan şartları sağlanmadığının ve 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önceki süreye ait fiili hizmet süresi olması nedeniyle fiili hizmet gün sayısı yaşına ilave olmadığına talebinin kurumca yerine getirilmesinin mümkün olmadığını beyanla haksız açılan davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

III-MAHKEME KARARI

A-İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

İlk derece mahkemesi davanın kabulü ile davacının fiili hizmet zammı süresi olan 3 yıl 9 ay 23 günlük (1373 gün) fiili hizmet süresinin hem sigortalılık başlangıcı hem de yaş koşulunu geriye götüreceği şekilde uygulanmasına ve emeklilik tarihinin 05.09.2019 tarihi olarak tespitine karar vermiştir.

B-BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARI

... Bölge Adliye Mahkemesi 34. Hukuk Dairesi, Kurumun ... sayılı yazısına göre hizmet başlangıcının 12.01.1990 olduğu, 18.12.2017 tarihine kadar 2415 gün SSK ve 8303 gün 5434 sayılı Kanun kapsamında hizmetinin bulunduğu, toplam 10718 gün priminin bulunduğu, 25 yıl, 52 yaş ve 5525 gün üzerinden aylığa hak kazanacağı, yaşının 28.06.2025 tarihinde dolacağı açıklanmıştır.

Fiili hizmet süresi zammının öğrencilik süresi dışındaki süreye (5490 gün) oranına göre toplam 3 yıl 9 ay 23 gün (1373 gün) olduğu, fiili hizmet süresi zammının 23.05.2002 tarihine kadarki kısmının (3848/5490) 962 gün (2 yıl 8 ay 2 gün) olduğu, buna göre davacının 23.05.2002 tarihinden önceki

toplam hizmet süresi 962 gün + 3848 = 4810 gün olduğu, 15.09.1991 tarihinden fiili hizmet süresi zammı olan 962 gün kadar sigorta başlangıç tarihinden geriye gidilmesi ile bulunan sigorta başlangıç tarihi 13.01.1989 olup; buna göre erkek olan davacı 25 yıl 51 yaş 5450 gün üzerinden aylığına hak kazanacaktır.

Davacının 25 yılı 13.01.2014 tarihinde dolmuş olup toplam 10718 gün priminin bulunduğu belgindedir.

28.06.1973 doğumlu davacı 51 yaşını 28.06.2024 tarihinde doldurmakta ise de fiili hizmet süresi zammının tamamı 3 yıl 9 ay 23 gün kadar yaş geriye çekileceğinden; 05.09.2020 tarihinde aylığa hak kazanacaktır.

Bu açıklamalar ışığında; mahkemece, davanın kısmen kabulü ile davacının fiili hizmet zammı süresi olan 3 yıl 9 ay 23 günlük (1373 gün) fiili hizmet süresinin yukarıda yer alan açıklamalar gözetilerek hem sigortalılık başlangıcını hem de yaş koşulunu geriye götürecek şekilde uygulanması gerektiğinin tespitine, dava tarihi itibarıyla henüz aylık başvurusu bulunmadığından ve ilerideki bir tarihte aylığa hak kazanacağına tespitine karar verilmesinde hukuki yarar bulunmadığından bu istemin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı biçimde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Gerekçesi ile Davalı Kurum vekilinin istinaf isteminin kabulü ile ...17. İş Mahkemesi'nin 28.09.2018 tarihli, 2017/354 Esas - 2018/263 Karar sayılı kararının HMK'nın 353/1-b-2 maddesi gereğince kaldırılmasına, davanın kısmen kabulüne, davacının fiili hizmet zammı süresi olan 3 yıl 9 ay 23 günlük (1373 gün) fiili hizmet süresinin hem sigortalılık başlangıcını hem de yaş koşulunu geriye götürecek şekilde uygulanması gerektiğinin tespitine, Dava tarihi itibarıyla henüz aylık başvurusu bulunmadığından ve ilerideki bir tarihte aylığa hak kazanacağına tespitine karar verilmesinde hukuki yarar bulunmadığından bu istemin reddine," dair karar verilmiştir.

IV-TEMYİZ KANUN YOLUNA BAŞVURU VE NEDENLERİ:

Davacı vekili aslen ilk derece Mahkemesi kararının yerinde olduğunu ve davanın tamamen kabulünün gerektiğini belirtmiş ve kararın bu yönden bozulmasını talep etmiştir.

Davalı kurum vekili, Kurum işlemlerine herhangi bir hatanın mevcut olmadığını aslen davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulünün usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek, kararın bozulmasını istemiştir.

V- İLGİLİ HUKUK KURALLARI VE İNCELEME:

Eldeki davada, davacı, 5434 sayılı Yasa kapsamında hak kazandığı fiili hizmet süresi zammının tamamının tahsis şartlarında sigortalılık başlangıç tarihinden geriye çekilmesi ile bulunacak sigortalılık süresine göre tabi olunması gereken yaş haddinden de düşülerek, kendisine aylıklık aylığı bağlanması gereken tarihin 05.09.2019 olarak tespitini talep etmiştir.

1- Öncelikle belirtilmelidir ki, dava hakkı hukuki yarar ile sınırlıdır. Davacının dava açma hakkına sahip olması, dava açabilmesi için yeterli değildir. Davacının mahkemeden hukuki korunma istemesinde korunmaya değer bir yararı olmalıdır. Hukuki yarar bir dava şartı olup, mahkeme dava şartlarını re'sen incelemekle görevlidir.

Bu ilkeden hareketle, dava şartı olarak hukuki yararın varlığının, mahkemece, taraflarca dava dosyasına sunulmuş deliller, olay veya olgular çerçevesinde, kural olarak davanın açıldığı tarihe göre, kendiliğinden ve yargılamanın her aşamasında gözetilmesi gerekir. Bu sayede, iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme)'nin 6. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenen "hak arama özgürlüğü" nün dürüstlük kuralına uygun kullanılması sağlanabilecek; bu durum, haksız davalar açmak suretiyle dava hakkının kötüye kullanılmasına karşı bir güvence oluşturacaktır.

Bilindiği üzere; her dava, açıldığı tarihteki fiili ve hukuki sebeplere ilişkin koşullara göre hükme bağlanır. Ne var ki, dava açıldıktan sonra meydana gelen bir olay nedeniyle dava konusunun ortadan kalkması ve tarafların da, davanın esası hakkında karar verilmesinde hukuki yararlarının kalmaması halinde işin esası hakkında infaz kabiliyeti olan bir hüküm kurulmamaktadır.

Eldeki davada, davacının dava tarihinden sonraki bir tarihte tahsis başvurusu yapılabileceğinin tespitini istediği anlaşılmakta ve mahkemece bu durum dikkate alınarak yazılı şekilde karar verilmesi yerinde ise de, davacının 12.12.2017 tarihli tahsis talebinin varlığının dikkate alınmaması isabetsizdir.

2- Uyuşmazlık, 5434 sayılı Yasanın 32. vd. maddeleri hükümlerince hak kazanılan fiili hizmet zammının hizmet birleştirilmesi ve tahsis aşamasında nasıl dikkate alınması gerektiği ile bu sürenin 2829 sayılı Yasanın 8. maddesi gereğince uygulanması gereken 506 sayılı Yasa kapsamındaki tahsis işlemlerinde sigortalılık başlangıç tarihinden geriye gidilmek suretiyle sigortalılık süresine eklenip eklenmeyeceği ve bu süre üzerinden belirlenecek yaş hadinden de düşülüp düşülemeyeceği hususundadır.

Uyuşmazlığın çözümü bakımından, öncelikle davacının hak kazandığı fiili hizmet zammı kavramı, niteliği ve 5434 sayılı Yasadaki itibari hizmete ilişkin hükümlerin varlığı ile 506 sayılı Yasa kapsamında yer alan itibari hizmet süresi kavramları ile birlikte yaşlılık aylığı tahsis koşulları üzerinde durulmalıdır.

5434 sayılı Yasanın 10. kısmında (31. ila 34. maddeleri arasında) fiili hizmet müddeti, 11. kısmında (35 ila 38. maddelerinde) ise itibari hizmet süresi düzenlenmiştir.

5434 sayılı Yasanın 31. maddesinde “Fiili hizmet müddeti; iştirakçinin 30 uncu madde gereğince bu kanunla tanınan haklardan faydalanmaya başladığı tarihten itibaren tam kesenek vermek suretiyle geçirdiği müddet” olarak tanımlanmış, 32. maddesinde; İştirakçilerin, 5434 sayılı Yasa kapsamında kesenek ödenen her yılı için görevlerine göre eklenecek fiili hizmet zamları belirlenmiş ve 32’nci maddede gösterilen vazifelere yılbaşından sonra girenlerin fiili hizmet müddet zamlarının, girdikleri ay hariç olmak üzere, o yılın geri kalan ayları için ve yılsonundan önce ayrılanların fiili hizmet müddeti zamlarının, ayrıldıkları ay da dâhil olmak üzere, yılın geçmiş ayları için hesaplanacağı belirtilmiş, ayrıca fiili hizmet müddeti zamlarının, emeklilik işlemlerinde fiili hizmet sayılacağı fakat toplamının 8 yılı geçemeyeceği belirtilmiş olsa da, Lokomotif makinist ve ateşçilerin bu süreden istisna olduğu, son olarak 34. maddesinde ise, fiili hizmet sürelerinin her yıl ilgili kurumlarınca, yılsonlarından itibaren 3 ay içinde Sandığa göndermeye ilişkin zorunluluk düzenlenmiştir.

Ekleme gerekirse; 5434 sayılı Yasanın geçici 205. maddesinde de, 32’inci madde gereğince fiilî hizmet sürelerine zam yapılanların bu maddede belirtilen yaş hadlerinden, hizmetlerine eklenen fiilî hizmet süresi zammı kadar indirim yapılır. Hükmü yer almaktadır.

5434 sayılı Yasada düzenlenen “itibari hizmet” süresi ise, 35. maddede “Bu kanun gereğince bağlanacak aylıklar ve yapılacak kesenek iadesi ve toptan ödemelerin hesabında fiili hizmet müddetlerine eklenen süredir” şeklinde tanımlanmış,

36. maddede; iştirakçilerin, görevlerine göre fiili hizmet sürelerinin her yıl için fıkralarında gösterilen itibari hizmet süreleri ekleneceği belirtilmiş ve açıkça (zamlar hariç) tutulmuş olup, toplamlarının 3 aydan az ve toplamı 5 yıldan fazla olamayacağı belirtilmiştir.

506 sayılı Yasanın ek 5. maddesinde de “itibari hizmet süresi” kavramına yer verilmiş olup, bu maddede ise, “506 sayılı Kanuna göre sigortalı sayılanların, kanunda sayılan görevlerde geçen sigortalılık sürelerine, bu sürelerin her tam yılı için, hizalarında gösterilen süreler, sigortalılık süresi olarak eklenir.” hükmü ile öncelikle; 18.02.2000 tarihli 1997/1 Esas ve 2000/1 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’na göre, salt sigortalılık süresine eklenmesi gereken süre olarak tanımlanmıştır.

506 sayılı Yasanın Ek 39’uncu maddesinde de “Bu Kanunun Ek 5 ve Ek 6’ncı maddeleri gereğince sigortalılık süresine ilave edilen gün sayıları, beş yıldan çok olmamak üzere bu Kanun’un 60. ve Geçici 81’inci maddelerinde belirtilen yaş hadlerinden indirilir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Konu, son olarak 5510 sayılı Yasa ile düzenlenmiş ve 01.10.2008 günü itibarıyla aynı tarihte yürürlüğe giren “Fiili hizmet süresi zammı” başlıklı 40. maddesinde, belirtilen iş yerlerinde ve işlerde çalışan sigortalıların prim ödeme gün sayılarına, bu iş yerlerinde ve işlerde geçen çalışma sürelerinin her 360 günü için karşılığında gösterilen gün sayılarının, fiili hizmet süresi zammı olarak ekleneceği, çalışmanın fiili hizmet süresi zammı kapsamında değerlendirilebilmesi için, tablonun (13) ve (14) numaralı sıralarında belirtilen sigortalılar hariç, sigortalının kapsamındaki iş yerleri ile birlikte işlerde fiilen çalışması ve söz konusu işlerin risklerine maruz kalmasının şart olduğu açıklanmıştır.

5510 sayılı Yasanın “Malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortasına ilişkin bazı geçiş hükümleri” başlıklı geçici 1. maddesinde yer alan “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olanlar, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve diğer bağımsız çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ve bu Kanunla mülga 2926 sayılı tarımda kendi adına ve hesabına çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olanlar, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa tabi olanlar, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında kabul edilir.” hükmü nedeniyle, tahsis koşulları bakımından davanın yasal dayanaklarından olan 506 sayılı Kanunun 60 ve geçici 81’inci maddelerinde yaşlılık aylığından yararlanmak için; kural

olarak maddede belirlenen yaşa ulaşmış olmak, belirli bir süre prim ödemek, işten ayrılmak ve talepte bulunmak koşulları öngörülmüştür. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi 2019/104 Esas, 2021/13 Karar ve 14.01.2021 tarihli kararı ile “17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası’nın mülga 62. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “...çalıştığı işten ayrıldıktan sonra...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline” karar vermiş ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesinden de anlaşılacağı üzere işten ayrılma koşulunu özünde Anayasaya aykırı kabul etmiştir.

2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun’un 4’üncü maddesindeki; “kurumlara tabi çeşitli işlerde çalışmış olanların hizmet süreleri, aynı tarihlere rastlamamak kaydıyla bu Kanuna göre aylık bağlanmasına hak kazanıldığında birleştirilir.” hükmü uyarınca çeşitli sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak geçen hizmet süreleri de yaşlılık aylığı bağlanmasına esas olmak üzere birleştirilmekte ve sigortalının yaşlılık aylığı bağlanması için tabi olduğu yaş, prim gün sayısı ve sigortalılık süresi tespit edilmektedir.

Yukarıda sayılan düzenlemeler birlikte irdelendiğinde; mahkemece, 2829

sayılı Yasa kapsamında hizmetleri birleştirilen ve 506 sayılı Yasa kapsamında tahsis koşulları uyuşmazlık konusu olan, davacının 5434 sayılı Yasanın 32. vd. maddeleri hükümlerince hak kazandığı “fiili hizmet zammının” tahsis koşullarından olan yaş haddinden indirilmesine ilişkin kabul, 506 sayılı yasanın Ek 39’uncu maddesi karşısında yerinde ise de, 5434 sayılı yasada yer alan “fiili hizmet zammının”, iştirakçilerin görev yaptıkları süreler boyunca ve tam kesenek vermek suretiyle geçirdiği sürelerle ilişkin olarak yapılan ek bir zam niteliğinde olduğu ve fiili hizmet süresine eklenmesi gerektiği, buna göre eklenen bu hizmetin, iştirakçilerin fiili hizmet süresini, emeklilik ikramiye miktarını ve emekli aylığı bağlama oranını artırdığı ve yaş haddinden de 8 yıla kadar indirim sağladığı, 5434 sayılı Yasanın 11. kısmında 35 vd. maddelerinde ayrıca düzenlenmiş olan “itibari hizmet” sürelerinin de, istekle emekliye ayrılmak için gerekli olan, kadınlarda 20, erkeklerde 25 hizmet yılının hesabı ve emekli ikramiyesinin hesaplanmasında bu sürenin dikkate alınmayacağı, ancak keseneklerin iadesinde, toptan ödeme yapılmasında ödenecek paranın ve aylık bağlanmasına hak kazanılması halinde bağlanacak aylığın oranının artmasına etki ettiği dikkate alınarak, 5434 sayılı Yasanın 32.vd. maddelerinde düzenlenmiş “fiili hizmet zammının”, 506 sayılı Yasadaki ve içtihadı birleştirme kararı gereğince sadece sigortalılık süresine eklenmesi gereken “itibari hizmet” süresinden farklı bir kavram olduğu açıkça anlaşılmakta olduğundan, bu sürenin 506 Sayılı Yasa kapsamında tahsise esas sigortalılığın başlangıç tarihinden geriye çekilmesi mümkün değildir. Başka bir deyişle, 5434 sayılı Yasa kapsamında hak kazanılan “fiili hizmet zammının” kişilerin fiili hizmetine eklenmesi gerektiği söylenebilir ise de, birleşen hizmetler sonrasında, 506 sayılı Yasanın 60. ve geçici 81. maddesindeki yaşlılık aylığı bağlanmasına ilişkin koşullar bakımından uygulama yapılırken, sigortalılık süresi yönünden, kişinin sigortalılık başlangıç tarihinden geriye doğru ekleme yapılması ile sigortalılık başlangıç tarihinin geriye çekilmesi suretiyle, ek bir sigortalılık süresine veya başkaca bir uygulama yapılmasına imkân vermediği hususu dikkate alınmalı ve buna göre tahsis koşulları yeniden irdelenmeli, sonucuna göre bir karar verilmelidir.

Bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin, mahkemece yazılı şekilde hüküm tesisi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davacı ve davalı Kurum vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve ... Bölge Adliye Mahkemesi 34. Hukuk Dairesinin istinaf başvurusunun kabulüne ilişkin kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: ... Bölge Adliye Mahkemesi 34. Hukuk Dairesi kararının yukarıda açıklanan nedenlerle HMK'nın 373/2 maddesi gereği BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, dosyanın kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 30.12.2021 gününde oybirliğiyle karar verildi.

CİNSEL TACİZ EYLEMLERİNE KARŞI İŞVERENİN ÇALIŞANLARI KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

T.C.

KONYA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ

9. HUKUK DAİRESİ

ESAS NO : 2021/2749

KARAR NO: 2021/428

TARİHİ : 08/12/2021

DAVA:

İlk derece mahkemesince verilen karara karşı davalı vekilince istinaf kanun yoluna başvurulmuş ve dosya istinaf incelemesi yapılmak üzere dairemize gelmiş olmakla dosya incelendi, yapılan müzakere sonunda, gereği düşünüldü;

TARAFLARIN İDDİA VE SAVUNMALARININ ÖZETİ :

Davacı vekili; davacının davalı işyerinde 26.09.2017-11.11.2020 tarihleri arasında üreticiler muhasebe personeli olarak çalıştığını, müvekkilinin davalı işyerinde diğer çalışan U.T. tarafından sürekli sözlü, fiziksel tacize maruz kalması, bu işçi tarafından rahatsız edici hal ve hareketlerde bulunulması, sürekli olarak mesaj yolu ile rahatsız edilmesi nedeniyle çalışma hayatının çekilmez hale geldiğini, bu durumu işyeri müdürüne şikâyet ederek ilettiğini ancak hiçbir önlem alınmayarak işçiyi gözetme borcunu işverenin yerine getirmediğini, durumu öğrenen müvekkilinin babası M.T. ve kardeşinin iş yerine gelerek U.T. ile görüşmek istediklerini, neden böyle şeyler yaptığını sormaları üzerine U.T.'in müvekkilinin babasının üzerine yürüdüğünü ve arbeye yaşandığını, bu olay sonrasında müvekkilinin savunmasının istendiğini ancak müvekkilinin savunmasında gerekli ayrıntılı açıklamaları yapmasına rağmen dikkate alınmadığını, bu olaydan bir sonraki gün müvekkilinin izinli olup ertesi iş günü işe gittiğinde U.T.'in iş yerinde olması nedeniyle tedirginlik ve korku yaşadığını, ofisine girmeyerek tekrar izin alarak işyerinden ayrıldığını, ayrıca müvekkilinin D. Polis Merkezine giderek bahsi geçen şahıstan şikâyetçi olduğunu, yaşanan olayın ardından 11.11.2020 tarihinde müvekkilinin işine son verildiğini, fesih gerekçeleri yazılı olarak bildirilmediğini, feshin haksız ve geçersiz olduğunu belirterek davalı tarafından yapılan feshin geçersizliği ile müvekkilinin işe iadesine, işe iadenin mali sonuçlarına karar verilmesini talep etmiştir. Da-

valı vekili; davacı ve L.T. isimli diğer çalışanın üreticiler muhasebe bölümünde U.T. isimli yöneticiye bağlı olarak çalıştıklarını, 03.11.2020 tarihinde

yönetici U.T.’in L.T. isimli çalışanla verilen işin yapılmaması nedeniyle yaşadığı tartışmaya davacının da müdahil olması ile üç çalışanın tartıştığını ve olayın kapandığını, her işyerinde olabilecek basit bir olayı hazmedemeyen davacının konuyu gerçekte olmayan olaylarla kurgulayarak ailesine anlattığını, ailesini azmettirerek 04.11.2020 tarihinde şirkete getirttiğini ve diğer çalışan U.T.’i darp ettirdiğini, davacının ailesini azmettirmesi yetmiyormuş gibi darp olayı esnasında U.T.’e küfrederek destek verdiğini, bahse konu olayla ilgili müvekkili şirketin derhal soruşturma başlattığını, davacının dava dilekçesinde de beyan ettiği tüm hususların titizlikle incelendiğini, konuya ilişkin kendi beyanı dışında hiçbir delil bulunmadığını, davacının iş akdinin savunması alındıktan sonra 11.11.2020 tarihinde disiplin kurulunun kararı ile 4857 sayılı Yasanın 25/II-d maddesi gereğince haklı nedenle feshedildiğini, davacının kararı tebellüğ etmekten imtina etmesi üzerine keyfiyet kurulda bulunanlar tarafından tutanak altına alınarak fesih belgesinin davacının email adresine gönderilmek suretiyle bir kez daha tebliğ edildiğini beyan ederek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

İLK DERECE MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ:

İlk derece Mahkemesi tarafından cinsel taciz mağduru olan ve yakınlarını azmettirdiği sabit olmayan davacının yakınlarının eylemi sebebiyle işe devam edemeyeceği yönündeki kabulün yasanın ruhuna aykırı olacağı kanaatine varılarak davacının işe iadesine karar verilmiştir.

İLERİ SÜRÜLEN İSTİNAF SEBEPLERİ:

Davalı vekili istinaf dilekçesi ile; davacının iş akdinin 11.11.2020 tarihinde disiplin kurulu kararı ile 4857 Sayılı İş Kanununun 25/II-d bendi gereğince “İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine satması...” gerekçesiyle haklı nedenle feshedildiğini, dava dosyasındaki tüm savunma, delil ve tanık beyanları, bu hukuki gerçeğin ispatlanması üzerine kurgulanarak ve buna göre dava dilekçesine karşı cevap hazırlanarak dosyaya sunulduğunu, safahatta da davalı tanıkları beyan ve anlatımlarında; davacının azmettirmesiyle davacı ile babası ve kardeşinin birlikte hareket ederek, dava dışı müvekkil çalışmanı U.T.’i darp ettiklerini açık ve net bir şekilde ortaya koyulmuş olup, davacının iş akdi feshinin haklı gerekçeye dayandığı tüm somut belge ve delillerle ispat olunduğunu, ancak dosya üzerinde sunulan belge, delil, tanık anlatımlarını inceledikten sonra davacının iş akdi fesih gerekçesi olan “işçinin, işverenin başka bir işçisine satması” haklı sebebi yerine, davacının cinsel taciz mağduru olduğuna ve işvereninde işçiyi gözetme borcunun yanı sıra eşitlik ilkesine aykırı hareket ettiğine kanaat getirip, müvekkil aleyhine hüküm tesis edildiğini, hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğini, davacının dava dışı amiri ile 03.11.2020 tarihinde yaşamış olduğu tartışmadan

bir gün sonra 04.11.2020 tarihinde amirini babası ve kardeşinin yardımıyla darp ettiğini,05.11.2020 tarihinde ise bahse konu darp olayı ile ilgili müvekkili şirkete yazılı olarak verdiği savunmasında ilk kez cinsel tacizden bahsettiğini, davacının, arasında husumet meydana geldikten ve dava dışı U.'u darp ettikten sonra hakkında ithamlarda bulunması, tesadüf olmayıp, hemen bu olayın akabinde cinsel taciz iddiasında bulunmuş olması hususunun Yerel Mahkemece gözden kaçırıldığını, Savcılık iddianamesinde; açıkça davacının azmettirici olduğu ve birlikte hareket ederek U.'u darp ettiklerinin ortaya çıkarıldığını, işverenin, darp olayından önce kendisine bildirilmeyen taciz iddiasından haberdar olmadan, işçisini gözetme borcunu yerine getiremeyeceğini, işverenin hiçbir şey ortada yokken taciz araştırması yapmaya kalkışmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, tazminata esas davacı ücretinin hesaplanmasında yılda sadece bir kez verilmiş olan 143,67 TL kristal şeker yardımının da brüt ücrete dahil edilmesinin hatalı olduğunu belirterek yerel mahkeme kararının kaldırılmasına, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ ve GEREKÇE:

Dava, feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade talebine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne dair verilen karara karşı davalı vekili tarafından istinaf yoluna başvurulmuştur.

Dairemizce istinaf incelemesi HMK 355 ve 357.maddesi gereğince istinaf sebepleri ile bağlı olarak ve kamu düzenine aykırılık hususları da gözetilerek yapılmıştır.

Davacı işçinin 6 aydan fazla kıdeminin bulunduğu, belirsiz süreli iş akdi ile İş Kanunu kapsamında çalıştığı, davalı iş yerinde 30 işçiden fazla işçi çalıştığı konularında uyuşmazlık bulunmadığı, fesih bildirimının tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğu, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığı, davanın son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde yasal hak düşürücü süre içerisinde açıldığı anlaşılmaktadır.

11.11.2020 tarihli yazılı fesih bildirimini ile; 04.11.2020 tarihinde amiri konumunda olan pancar muhasebe yöneticisi U.T.'in makam odasına babası ve kardeşi ile birlikte girerek U.T.'i babası ve kardeşine darp ettirdiği, o. ç. şeklinde hakaret ettiği bu suretle başka işçiye sataştığı anlaşılmakla disiplin kurulu kararına istinaden 4857 sayılı yasanın 25/II-d maddesi gereği feshedilmiştir.

Konya C. Başsavcılığının 2020/57064 soruşturma sayılı iddianamesi ile şüpheli U.T. hakkında müşteki Ş. A.n'a yönelik cinsel taciz, sarkıntılık yapmak sureti ile cinsel saldırı suçundan kamu davası açıldığı, şüpheliler davacının babası ve kardeşi hakkında müşteki U.T.'e yönelik basit yaralama, işyeri dokunulmazlığını ihlal ve mala zarar verme suçlarından kamu davası açıldığı, yargılamasının devam ettiği anlaşılmaktadır.

13.11.2020 tarih 2020/57064 Soruşturma numarası ile, şüpheli Ş.A. hak-

kinda U.T.'e yönelik yaralamaya azmettirme suçundan delil bulunmadığından ek kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiştir.

03.11.2020 tarihinde davacı, diğer çalışan L. ve pancar muhasebe yöneticisi U.T. arasında tartışma yaşandığı, 04.11.2020 günü sabah saatlerinde muhasebe müdürünün çalışanları çağırarak toplantı yaptığı, toplantıda davacı, pancar muhasebe yöneticisi U.T.'in kendisini taciz ettiğini beyan ettiği, aynı gün öğleden sonra davacının babası ve kardeşinin işyerine gelerek U.T.'i darp ettikleri, tarafların birbirlerinden şikâyetçi oldukları anlaşılmaktadır. Darp olayında davacının azmettirmesi, teşviki ve katkısının olduğu yönünde dosyada delil bulunmamaktadır. Ayrıca davalı taraf davacının kendisine cinsel tacizde bulunduğunu beyan ettiği U.T.'e yönelik feshe konu ettiği hakaret eylemini de ispat edememiştir. Mahkemece davacının işe iadesine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Davalı vekilinin bu yöndeki istinafi yerinde bulunmamıştır.

Öte yandan davalı vekilinin yılda bir kez yapılan 143,67 TL kristal şeker yardımının giydirilmiş brüt ücrete eklenmesinin hatalı olduğu yönündeki istinafi incelendiğinde; davacı 26.09.2017- 11.11.2020 tarihleri arasında çalışmıştır. Davacı taraf dava dilekçesinde aylık net 2.500,00TL ücret, yemek ve servis ile çalıştığını, bayram harçlığı gibi sosyal yardımlar yapıldığını belirtmiştir. Dosyaya Ekim 2019-Kasım 2020 arası bordrolar sunulmuş olup Mayıs 2020 bordrosunda 143,67 TL kristal şeker aynı yardımı yapılmıştır. İşyerinde yılda bir kez kristal şeker yardımı yapıldığı davalı tarafın kabulünde olup Mahkemece aylık giydirilmiş brüt ücret hesabında 11,97 TL kristal şeker yardımını eklemesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Davalı vekilinin bu yöndeki istinafi da yerinde bulunmamıştır.

Bu açıklamalar altında tarafların iddia ve savunmalarına, dosya kapsamına, hükmün dayandığı deliller ve kanuni gerektirici sebeplere, delillerin taktirinde isabetsizlik görülmemesine göre davalı tarafından yapılan istinaf taleplerinin esastan reddine karar vermek gerekmiştir.

HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-Davalı vekilinin istinaf başvurusunun HMK'nın 353/1-b.1 maddesi gereğince

ESASTAN REDDİNE,

2-Alınması gerekli istinaf karar harcı peşin alındığından yeniden harç alınmasına yer olmadığına,

3-Davalı tarafından yapılan istinaf yargılama giderlerinin kendi üzerinde bırakılmasına,

4-İstinaf incelemesi sırasında duruşma açılmadığından, taraflar yararına istinaf

vekalet ücreti takdirine yer olmadığına,

5-Kararın tebliği işlemlerinin İlk Derece Mahkemesi tarafından yapılmasına,

6-İstinaf gider avansından arta kalanın yatıran tarafa iadesine,

Dair, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda, ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar tarihinde yürürlükte olan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/a maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/3 maddesi uyarınca mahiyeti itibariyle KESİN olmak üzere 08/12/2021 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İNCELENEN KARARA KONU İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI:

T.C.

KONYA 1.İŞ MAHKEMESİ

ESAS NO : 2020/1825

KARAR NO : 2021/814

TARİHİ : 10/08/2021

Mahkememizde görülmekte bulunan Tespit (İşe İade İstemli) davasının yapılan açık yargılamasının sonunda,

Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin davalı işyerinde 26.09.2017 tarihinde işe başladığını ve kesintisiz olarak 11.11.2020 fesih tarihine kadar muhasebe personeli olarak çalıştığını, müvekkilinin davalı işyerinde diğer çalışan U.T. tarafından sürekli sözlü, fiziksel tacize maruz kalması, bu işçi tarafından rahatsız edici hal ve hareketlerde bulunulması, sürekli olarak mesaj yolu ile rahatsız edilmesi nedeniyle çalışma hayatının çekilmez hale geldiğini, müvekkilinin bu durumu işyerinde müdür A. beye şikayet ederek ilettiğini ancak hiçbir önlem alınmayarak işçiyi gözetme borcunu işverenin yerine getirmediğini, durumu öğrenen müvekkilin babası M.T. ve kardeşinin iş yerine gelerek U.T. ile görüşmek istediklerini, neden böyle şeyler yaptığını sormaları üzerine U.T.' in müvekkilinin babasının üzerine yürüdüğünü ve arbeye yaşadığını, bu olay sonrasında müvekkilinin savunmasının istendiğini ancak müvekkilinin savunmasında gerekli ayrıntılı açıklamaları yapmasına rağmen dikkate alınmadığını, Bu olaydan bir sonraki gün müvekkilinin izinli olup ertesi iş günü işe gittiğinde U.T.' in iş yerinde olması nedeniyle tedirginlik ve korku yaşadığını, ofisine girmeyerek tekrar izin alarak işyerinden ayrıldığını, ayrıca müvekkilinin D. Polis Merkezine giderek bahsi geçen şahıstan şikayetçi olduğunu, yaşanan olayın ardından 11.11.2020 tarihinde müvekkilinin işine son verildiğini, fesih gerekçeleri yazılı olarak bildirilmediğini, feshin haksız ve geçersiz olduğunu belirterek davalı tarafından yapılan feshin geçersizliği ile müvekkilinin işe iadesine, yasal sürede başvurmasına rağmen işverenin süresi içerisinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken işe başlatmama tazminatı miktarının en az 8 aylık ücreti olarak belirlenmesine, boşta geçen sürelerle ait ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde; davacı ve L.T. isimli diğer çalışanın üre-

ticiler muhasebe bölümünde U.T. isimli yöneticiye bağlı olarak çalıştıklarını, 03.11.2020 tarihinde yönetici U.T.' in L.T. isimli çalışanla verilen işin

yapılmaması nedeniyle yaşadığı tartışmaya davacının da müdahil olması ile üç çalışanın tartıştığını ve olayın kapandığını, her işyerinde olabilecek basit bir olayı hazmedemeyen davacının konuyu gerçekte olmayan olaylarla kurgulayarak ailesine anlattığını, ailesini azmettirerek 04.11.2020 tarihinde şirkete getirttiğini ve diğer çalışan U.T.' i darp ettirdiğini, davacının ailesini azmettirmesi yetmiyormuş gibi darp olayı esnasında U.T.' e küfrederek destek verdiğini, bahse konu olayla ilgili müvekkili şirketin derhal soruşturma başlattığını, davacının dava dilekçesinde de beyan ettiği tüm hususların titizlikle incelendiğini, konuya ilişkin kendi beyanı dışında hiçbir delil bulunmadığını, davacının iş akdinin savunması alındıktan sonra 11.11.2020 tarihinde disiplin kurulunun kararı ile 4857 sayılı Yasanın 25/II-d maddesi gereğince haklı nedenle feshedildiğini, davacının kararı tebellüğ etmekten imtina etmesi üzerine keyfiyet kurulda bulunanlar tarafından tutanak altına alınarak fesih belgesinin davacının email adresine gönderilmek suretiyle bir kez daha tebliğ edildiğini beyan ederek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Dava 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesine göre açılan işe iade talebi ile boşa geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların ödenmesinin tespitine ilişkindir.

Taraflarca bildirilen deliller toplanmış, tanıklar dinlenmiş, davacıya ait SGK hizmet dökümü, işyeri şahsi sicil dosyası, işe giriş ve işten ayrılış bildirimleri, ücret bordro örnekleri celbedilerek incelenmiştir.

Davacının iş akdinin, davalı işveren tarafından 11.11.2020 tarihli fesih bildirimi ile “Hakkınızdaki iddialar kapsamındaki tüm evraklar, tutanaklar, tanık beyanları ve savunmanız disiplin kurulumuzca incelenmiş olup; 04.11.2020 tarihinde amiriniz konumundaki pancar muhasebe yöneticisi U.T.' in makam odasına babanız ve kardeşinizle birlikte girerek ilgiliyi baba ve kardeşinize darbettirdiğiniz, o., çocuğu şeklinde hakaret ettiğiniz, bu suretle işverenin başka işçisine sataştığınız anlaşılmıştır. Bu sebeple iş akdiniz, disiplin kurulumuzun kararına istinaden 4857 Sayılı İş Yasasının 25/II-d maddesi gereği sona erdirilmiştir.” gerekçesiyle feshedildiği anlaşılmaktadır.

Taraflar arasında çözümlenmesi gereken hukuki mesele; davacının diğer çalışma arkadaşları gibi cinsel tacize maruz kalıp kalmadığı, işverenin cinsel taciz eyleminin bildirilmesine rağmen 6098 sayılı yasanın m. 417 hükme ile işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü kapsamında çalışanların cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri alıp almadığı, davacı işçinin babasının ve abisinin işyerine gelerek işyeri çalışanı U.T.' i darp edip etmediği, darp ettiyse davacının anılan duruma sebep olup olmadığı, buradan kaynaklı işveren feshinin

haklı veya geçerli nedene dayanıp dayanmadığı noktasında bağitlanmaktadır.

Cinsel tacizin genellikle tacize maruz kalan ile faili arasında gerçekleşmesi ve bu boyutta bilinmesinin sonucunda, tacizin ispatı güçlük arz etmektedir. Çoğu zaman yalnızca mağdur tarafından vakıf olunan eylemin inandırıcı şekilde ortaya konulması güçlükler barındırmaktadır. Yargıtay bu yönünden hareketle bir kararında (Yarg. 9. HD. 19.02.1998 T. 1997/21644 E. 1998/2236 K.), doğrudan görgüye dayalı bilgi sahibi tanık temin etmenin güçlüğünü belirterek, sarkıntılık niteliğindeki eylemleri tanık beyanlarıyla ispatı mümkün olmayan olaylar olarak nitelendirmiştir. İspat güçlüğü, işin yitirilme düşüncesi ve toplum içinde ayrıma tabi tutulma endişesi genellikle cinsel taciz eylemlerinin üstünün örtülmesine sebep olmaktadır.

Cinsel taciz eylemi sebebiyle işçi veya işveren haklı sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshettiği takdirde, haklı neden iddiasında bulunan taraf iddiasını mağdurun günlüğü, mailleri, benzer mahiyetteki mesajlar gibi her türlü hukuka uygun delilden faydalanarak ispatlayabilir. (Aydın, U. (2006). “İşyerinde Cinsel Taciz ve İş Sözleşmesinin Feshi”. Eskişehir Barosu Dergisi, (9), s. 29-30.)

Yargıtay cinsel taciz eylemlerinin ispatının güçlüğü sebebiyle tarafların iddia ve savunmalarının ortaya konuluş tarzı, sürecin aktarımı ve olayın içinde bulunduğu koşulların değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş, bu noktada “genel yaşam tecrübelerini”, “hayatın olağan akışını” karine olarak kabul etmiştir.

Yargıtay, davacı işçinin işyeri içinde ve dışında genel müdürü tarafından taciz edildiği iddiasıyla açılan davada, davacının olayları yer ve zaman bildirecek ayrıntılı şekilde anlattığı ifadesini, yaşananlara ilişkin gönderilen ihtarname içeriğini, tanıkların aynı durumdaki başka bir işçinin maruz kaldığı taciz ve sonrasında yaşananlara ilişkin ifadelerini, cinsel tacizin ispatı için yeterli kabul etmiştir. (Yarg. 9. HD. 04.11.2010 T. 2008/37500 E. 2010/31554 K.) Yüksek Mahkeme ayrıca davacı işçinin kendi iffetini herhangi bir sebep yokken ortaya koymasının “yaşamın olağan akışına” aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Yargıtay başka bir kararında, işçinin işverene hitaben cinsel tacize ilişkin yazdığı şikâyet dilekçesi hakkında, “bir bayan işçinin nedensiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığı yönünde bu kadar ayrıntılı olarak açıklamada bulunmasını hayatın olağan akışına aykırı” bulmuştur. (Yarg. 9. HD. 08.03.2005 T. 2004/13286 E. 2005/7706 K.)

Cinsel tacize maruz kalındığı iddiasıyla şikâyette bulunması halinde, iddiada bulunan ve hakkında isnatta bulunulan taraf arasındaki ilişki, tarafların hak ve menfaatlerinin çatışıp çatışmadığı her zaman irdelenmelidir. (Beytar, E. (2018). İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması. (2. B.). İstanbul, 2018, s. 125; Özdemir, E. (2006). “İşyerinde Cinsel Taciz”. Çalışma ve Top-

lum Dergisi, (11), 83-96, 2006, s. 94.)

Davacının, davalı işyeri çalışanı U.T. tarafından sürekli sözlü ve fiziksel tacize maruz kaldığı, sürekli olarak mesaj yolu ile de rahatsız edilmesi nedeniyle çalışma hayatının çekilmez hale geldiği, evli olan davacıya güzelim şeklinde hitapta bulunduğu, cep telefonuna çiçek ve gül emoji'leri atarak taciz ettiği, çok güzel olmuşsun, makyajın çok güzel gibi ifadelerin kullanıldığı, çalışma esnasında fiziksel olarak elinin tutulmaya çalışıldığı, sürekli yanında yazı yazmasını istediği, bu durumu müdür A.'e iletilmesine rağmen işyerinde önlem alınmadığı iddiası karşısında; davalı yanın 03.11.2020 tarihinde yönetici U.T.'in L.T. isimli çalışanla verilen işin yapılmaması nedeniyle yaşadığı tartışmaya davacının da müdahil olduğunu, bu şekilde üç çalışanın tartıştığını ve olayın kapandığını, her işyerinde olabilecek basit bir olayı hazmedemeyen davacının konuyu gerçekte olmayan olaylarla kurgulayarak ailesine anlattığını, ailesini azmettirerek 04.11.2020 tarihinde şirkete getirttiğini ve diğer çalışan U.T.'i darp ettirdiğini, davacının ailesini azmettirmesi yetmiyormuş gibi darp olayı esnasında U.T.'e küfrederek destek verdiğini, bahse konu olayla ilgili müvekkili şirketin derhal soruşturma başlattığını, davacının dava dilekçesinde de beyan ettiği tüm hususların titizlikle incelendiğini, konuya ilişkin kendi beyanı dışında hiçbir delil bulunmadığını, davacının iş akdinin savunması alındıktan sonra 11.11.2020 tarihinde disiplin kurulunun kararı ile 4857 sayılı Yasanın 25/II-d maddesi gereğince sonlandırıldığını savunduğu anlaşılmaktadır.

Dosya kapsamında bulunan davacının el yazısı ürünü 05.11.2020 tarihli savunma yazısında amirlerinin kararı üzerine geçtiği pancar muhasebe biriminde U.T.'in rahatsız edici söz ve hakaretlerine maruz kaldığını, bir gün ofis içerisinde yalnız ve masada otururken U.'un lakayt şekilde gülerken sana her zaman bir telefon kadar yakınım dediğini, başka bir gün işle alakalı bilgisayarda bir şey gösterirken bilgisayarın faresini tutacakken elini tuttuğunu, öncelikle yanlış anlamış olabileceğini düşündüğünü, zaman zaman cep telefonuna alakasız şekilde gül emoji'leri attığını, kendisine sürekli güzelim diye hitap ettiğini, senin yazın çok güzel, gel yanımda yaz diyerek sürekli yanına çağırdığını, bugün çok güzel olmuşsun, makyajını çok güzel yapmışsın şeklinde gereksiz cümlelere maruz kaldığını, rahatsız olduğunu belli etmesine rağmen U.'un tavırlarında bir değişiklik olmadığını, 04.11.2020 tarihinde müdürleri A.'in toplantı yapmak için odasına çağırdığını, söylemek istediği olan var mı denildiğinde U.'dan şikâyetçi olduğunu, bir daha kendisine güzelim diye hitap etmemesini, çiçekli resimler atmamasını, yazın güzel diyerek yanına çağırmamasını, bunlardan rahatsızlık duyduğunu ifade ettiğini, müdür A.'in bir daha böyle bir şey olursa mutlaka bana söyle dediğini, düşününce zamanla düzelmeyen taciz durumunu ailesinden saklamanın mantıklı olmadığını farkına vararak yaşadıklarını kardeşine anlattığını, aramızda kalsın demesine rağmen kardeşinin

babasına bu durumu iletmediğini, onları işyerine kendisinin çağırmadığını, kardeşi ve babasının işyerine geldiklerini, babasının U. ile konuşurken niçin böyle davranıyorsun dediğinde U.’un “ne var ki normal şeyler» deyince babasının eşine ve kızına gönderilse normal mi karşılayacaksın dediğini, bunun üzerine U.’un ayağa kalkarak kavganın başladığını beyan ettiği, mahkememizce beyanı alınan E.Ü. ve L.T.’nin davacının belli bir olay örgüsü barındıran yaşadıklarını kısmen teyit ettikleri, anılan tanıkların aynı zamanda U.T.’in tacizine kendilerinin de maruz kaldığını beyan ettikleri, davacı tanığı E.Ü.’ın U.’un kendisine iş öğrettiği esnada arkasındayken sırtı ile birlikte üzerine yaslandığını, gelip farede olan elini tuttuğunu, yine bir defasında tuvalete gittiğinde çıktığı esnada U.’un tuvaletin kapısını tuttuğunu, ne yapıyorsun diyerek U.’u iteklediğini ve kendisini dışarı attığını, orada K. ve T. isimli kişilerin de olduğunu, bu yapıları güldüklerini, ne yapıyorsun dediğinde U.’un şaka yapıyorum dediğini, mesai saati çıkışı olduğu için kendisini hemen işyeri dışına attığını, U.’un yine muhtelif dönemlerde gece saatlerinde kendisine mesajlar attığını, ne yapıyorsun, nasılsın dediğini, bilgisayardan bazı dönemlerde çiçek resimleri gösterdiğini, bu durumu müdürleri S. ile A.T.’a söylediğini ancak U.’un davranışlarına dair herhangi bir tasarrufta bulunulmadığını, tek çözüm olarak pancar muhasebe bölümüne bundan sonra kadın personel alınmayacak dendiğini, 3 yıl boyunca kadın personel alınmadığını, 3 yıl geçtikten sonra önce H. isimli, daha sonra davacının alındığını beyan ettiği, diğer davacı tanığı L.T.’nin de davacının tacizlerine maruz kaldığını ifade ettiği, anılan tanığın U.’un kendisine “seninle akşamları içmeye gidelim”, “gel seninle Alanya’ya Antalya’ya gidelim” dediğini ifade ettiği, ifade esnasında tanığın 3-4 dakika kadar ağladığı, yaşadıklarını işverene iletmediğinde işveren tarafından herhangi bir önlem alınmadığını beyan ettiği, davalı tanıklarının U.’un davacıyı taciz ettiğini görmediklerini, işyerinde taciz edilen personel olduğunu duymadıklarını beyan ettikleri, davalı tanıklarının daha çok işyerinde gerçekleşen kavgaya dair beyanda buldukları anlaşılmaktadır.

Dosya kapsamında bulunan davacının şikayetlerini içeren savunma dilekçesi irdelendiğinde olay örgüsünün davacı tanıklarının mahkememizde yeminli alınan ifadeleri ile doğrulandığı, hatta tanıkların da U. isimli çalışanın tacizine maruz kaldıklarını yer, zaman, tanık bildirerek ortaya koydukları, yukarıda anıldığı üzere cinsel taciz eyleminin mağdurun günlüğü, mailleri, işverene başvuru dilekçesi ve benzer mahiyetteki mesajlar gibi her türlü hukuka uygun delil ile ispatlanabileceği, cinsel taciz eylemlerinin ispatının güçlüğü nazara alındığında iddia ve savunmaların ortaya konuluş tarzı, sürecin aktarımı ve olayın içinde bulunduğu koşulların değerlendirilmesi gerektiği, davacının ve davacı tanıklarının şiddetli tepki vermemesinin cinsel taciz eylemini ortadan kaldırmayacağı, davacının evli oluşu da nazara alınarak kendisine gönderildiği iddia edilen çiçek emojiilerini depolamasının ve mahkemeye sunmasının

kendisinden beklenemeyeceği, tanıkların duruşmadaki olayları anlatış tarzları ile mahkememizce gözlemlenen büründükleri ruhsal durumdan cinsel tacize maruz kaldıkları kanaatinin oluştuğu, davacının ve davacı tanıklarının kendi iffetlerini herhangi bir sebep yokken ortaya koymasının genel yaşam tecrübelerine aykırı olduğu, davacının savunma içeriği, mahkememizde yer ve zaman bildirerek ayrıntılı şekilde ayrı ayrı anlatılan eylemler, tanıkların anlattığı olay örgüsünün mağdurun ifadesi ile aynı doğrultuda oluşu birlikte değerlendirildiğinde Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2008/37500 Esas 2010/31554 Karar sayılı ilamı doğrultusunda mahkememizce cinsel tacizin ispatı için yeterli kabul edilmiştir. Mağdurun veya tanıkların U. ile kendi iffetlerini ortaya koyacak şekilde menfaat çatışmaları olmaması da cinsel taciz eyleminin oluştuğu kanaatine varılmasında ayrıca etkili olmuştur.

Mahkememizce beyanı alınan davalı tanık anlatımlarıyla, taraf iddia ve savunmaları birlikte değerlendirildiğinde davacının abisi ve babasının U.T.'i basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaraladıkları, esasen mahkememizce davacının maruz kaldığı kanaatine varılan cinsel taciz eylemleri ile davalı işyeri çalışanı olan U.T.'in darp edildiğine dair kabulü ... Cumhuriyet Başsavcılığının 2020/57064 Soruşturma numaralı dosyada düzenlenen iddianamenin de desteklediği anlaşılmaktadır.

Neticeten çözümlenmesi gereken hukuki meseleyi korunması gereken üstün menfaatin ne olduğunun oluşturduğu, davacı tanıklarının maruz kaldıkları taciz eylemleri nedeniyle işverene önlem almaları için başvurdukları, 6098 sayılı yasanın m. 417/1 hükmüne göre işverenin, işçinin hizmet ilişkisinde kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu, davacı tanığı Ü.E.'nin işverenin aldığı tek önlemin U.T.'in çalıştığı bölüme kadın çalışan alınmamaya başlanması olduğunu beyan ettiği, işverenin iddialar üzerine U. hakkında tahkikat yapmadığı, eylemlerin işyerinde oluşup oluşmadığını etraflıca araştırmadığı, işçiyi koruma ve gözetim yükümlülüğü altında olan işverenin U.T. isimli çalışanı birden fazla iddia üzerine iddiada bulunanlardan ayrı çalıştırmayı dahi düşünmediği, alınan tek önlemin kadın çalışanların işyerinden uzaklaştırmak olduğu, anılan işveren tutumunun yasanın ruhuna uymadığı, yasa koyucunun ve içtihat makamı olan Yargıtay'ın cinsel tacize uğrayan için getirdiği fesih ve ispat kolaylıkları göz önünde tutulduğunda esas korunması gerekenin taciz mağduru olduğu, davacının işveren tarafından önlenmeyen taciz eylemlerini ailesine aktardığı, davalı yan savunmasının aksine davacının abisi ve babasını azmettirdiğine dair dosya kapsamında yazılı belge olmadığı gibi tanık anlatımı da bulunmadığı, feshin cezai boyutunu değerlendiren yukarıda anılan ceza soruşturmasında davacının azmettirici olduğuna ilişkin makul şüphenin dahi oluşmadığı, anılan olayda da-

vacının şüpheli veya azmettirici sıfatının yer almadığı, dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde mahkememizde de davacının azmettirici olduğuna ilişkin kanaat oluşmadığı, esasen davacının babası ve kardeşinin asıl niyetinin U.'u darp etmek olmadığının davalı tanığı M.K.'un beyanı ile sabit olduğu, anılan tanığın davacının babası ve abisinin işyerine geldiklerinde öncelikle müdür A.i sorduklarını beyan ettiği, anılan şahısların müdürün olmadığını öğrenince U.'un odasına yönelerek U. ile konuştukları, anılan tanığın tartışmayı doğruladığı ancak 2 çiftçi ile ilgilendiği sırada ilk anda yaşananları, U.'un davacının yakınlarına ne dediğini bilmediğini beyan ettiği, tanığın olayın ciddiyeti de nazara alındığında bir an için sırtını dönerek U.'un söylediklerini duymadığına dair beyanına halen davalı işveren ile arasında bulunan hiyerarşik bağ göz önünde tutulduğunda ihtiyatla yaklaşılması gerektiği, davalı tanıklarının U. ile davacının ailesi arasında yaşanan olayın ilk cereyan ettiği ana dair ayrıntılı bilgi sahibi olmadıkları, bu durum da nazara alındığında davacı tanığı L.T.'nin beyanı gibi U.'un niçin tacizde bulunduğu sorusuna “ne olacak sanki” şeklinde cevap verdiği, beyanın aksini ortaya koyan tanık anlatımı bulunmadığı, davalı işverenin davacının darp olayı esnasında U.'a hakaret ettiğine dair savunmasını davalı tanıklarının dahi doğrulamadığı, bu hali ile mahkememizce U.'un davacıyı taciz ettiği, davacının ailesinin taciz olayını duyması ve işverenin önlem almaması üzerine işveren yetkilileri ile konuşmaya gelerek taciz eylemine son verilmesini sağlamaya çalıştıkları, müdür A.'in işyerinde olmaması üzerine U. ile konuştukları, U.'un niçin tacizde bulunduğu sorusuna ne olacak sanki cevabı vermesi üzerine davacının ailesinin tahrik üzerine U.'u darp ettikleri, davacının babası ve kardeşini azmettirdiğine dair dosya kapsamında delil olmadığı, davalı işverenin koruma ve gözetim yükümlülüğüne uygun hareket etmediği, işyerinde tacize uğrayan işçilerin tacize uğramamaları ve tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri adına gerekli önlemleri almadığı, davalı işverenin aynı zamanda eşit işlem borcuna aykırı şekilde basit yaralama olayını azmettirdiği iddiası ile davacıyı işten çıkartıp; birden fazla kişiyi taciz eden U.'u işten çıkartmadığı, anılan şahsı işyerinden dahi uzaklaştırmadığı, davacının ailesinin işyerinde gerçekleştirdiği darp eylemi ile işyerinde olumsuzluğa yol açıldığı sabit olsa da bu durumun salt davacının maruz kaldığı olayları ailesine aktarmasından kaynaklanmayıp; yasaca cinsel taciz eylemlerine karşı çalışanları koruma yükümü yüklenen işverenin bu eylemlere engel olacak şekilde tasarrufta bulunmamasının da yol açtığı anlaşılmış, cinsel taciz mağduru olan ve yakınlarını azmettirdiği sabit olmayan davacının yakınlarının eylemi sebebiyle işe devam edemeyeceği yönündeki kabulün yasanın ruhuna aykırı olacağı kanaatine varılmış, davacının işe iadesine karar vermek gerekmiştir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 12. maddesi ile 4857 sayılı yasanın 21. maddesinin 5. fıkrasına eklenen hüküm ile 2018 tarihinden sonra ikame edilen işe iade davalarında hüküm tesis edilirken işçi işe iade edilme-

diği takdirde dava tarihindeki ücret miktarı esas alınarak ödenmesi gereken iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre alacaklarının parasal olarak belirlenmesi gerektiği, davacının dava dilekçesindeki iddiasının net 2.500,00 TL+yemek+yol+bayram ikramiyesi+diğer aynı haklar olduğu, dosya kapsamında bulunan Kasım 2020 bordrosundan anlaşıldığı üzere günlük brüt ücretin 119,97 TL, aylık çıplak brüt ücretin 3.599,10 TL olduğu, senede bir kez 2020 yılı Mayıs ayında 143,67 TL kristal şeker yardımı yapıldığı, bunun aylık karşılığının 11,97 TL olduğu, işyerinde yemek ve yol yardımının yapıldığı, bordrolardan anlaşıldığı üzere aylık 22 gün çalışma olduğu, mahkememizce emsal dosyalarda yemek ücreti ve yol ücreti için Lokantacılar Odası ile Büyükşehir Belediyesine yazılan müzekkere cevaplarından anlaşıldığı üzere dava tarihi itibarıyla tek biniş tutarının 2,50 TL olmak üzere günlük gidiş dönüş yol ücretinin 5,00 TL olduğu, aylık görev alınan 22 günlük çalışmanın karşılığı aylık yol ücretinin 110,00 TL olduğu, dava tarihi itibarıyla ...Lokantacılar Esnaf Odası tarafından günlük yemek ücreti olarak bildirilen tutarın 14,00 TL olduğu ancak 2020 yılı Mayıs ayı bordrosundan anlaşıldığı üzere işverenin yemek imkanı için günlük 17,13 TL ödediği, 22 günlük karşılığının ise 376,86 TL olduğu anlaşılmış, davacının aylık çıplak brüt ücretinin 3.599,10 TL, giydirilmiş brüt ücretinin ise 3.599,10 TL çıplak brüt+11,97 TL kristal şeker yardımı+376,86 TL yemek ücreti+110,00 TL yol ücreti olmak üzere 4.097,93 TL olduğu saptanmış, davalı yanca yapılan feshin geçersizliğinin tespitine, akdin fesih nedeni ve ayrıca davacı işçinin kıdemi de dikkate alınarak takdiren 4 aylık çıplak brüt ücret tutarındaki tazminatın ve 4 aya kadar boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaşılarak aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere; Davanın KABULÜ ile,

Davalı tarafından yapılan feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İŞE İADESİNE,

Davacının kararın kesinleşmesinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak üzere işverene başvurması sonucunda işverence işe başlatılmadığı takdirde davacının kıdemi ve fesih sebebi göz önünde bulundurularak takdiren 4 aylık çıplak brüt ücreti tutarında 14.396,40 TL tazminatın davalıdan alınıp davacıya ödenmesi gerektiğinin TESPİTİNE,

Davacının süresi içinde işverene başvurması halinde Mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok 4 aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklar karşılığı 16.391,72 TL'nin davacıya ödenmesi gerektiğinin TESPİTİNE,

Alınması gerekli 59,30 TL karar ve ilam harcından peşin alınan 54,40 TL

harcın mahsubu ile bakiye 5,50 TL harcın davalıdan tahsili ile Hazineye gelir kaydına,

Hazine tarafından karşılanan 680,00 TL arabuluculuk giderinin davalıdan alınarak Hazineye gelir kaydına,

Karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT'ye göre hesaplanan 4.080,00 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

Davacı tarafından yapılan harç, tebligat, posta, tanık giderinin ibaret 261,60 TL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesi ile HMK 321/2 maddesi uyarınca gerekçeli hükmün tebliğinden itibaren 2 hafta içerisinde ... Bölge Adliye Mahkemesi'ne İstinaf yolu açık olmak üzere taraf vekillerinin yüzlerine karşı verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.

