

İlgili Kanun / Madde
506.S.SsK/77

T.C
YARGITAY
10. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2010/9799
Karar No. 2012/3613
Tarihi: 02.02.2012

● YARGI KARARI İLE KAZANILAN ÜCRET NİTELİĞİNDEKİ ÖDEMLERİN ÖDEMENİN YAPILDIĞI AYIN PRİME ESAS KAZANÇ MATRAHINA DAHİL EDİLMESİNİN GEREK-MESİ

ÖZETİ: Yargı kararı ile hak kazanılan ücret niteliğindeki kazançların hak kazanıldığı dönemlerin prime esas kazançlarına dahil edilmesi isabetsiz olup, ödenmesi koşuluyla, ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dahil edilmesi; hizmet akdinin daha önceki bir tarihte sona ermiş olması karşısında ise, yapılan ödemelerin çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancında gözetilmesi gerekir.

Kabule göre; prime esas fark kazancın, hak kazanılan ayın matrahına dahil edilmesi gerekirken, dönemler halinde hesaplama yapılmış olması da isabetsizdir.

DAVA: Dava, prime esas kazanç tutarının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, "Davanın kabulü ile, davacının, 1999/11. Dönem için 63,65 TL, 1999/III. Dönem için 336,68 TL, 2000/1. Dönem için 418,46 TL, 2000/11. Dönem için 366,52 TL, 2000/111. Dönem için 404,27 TL, 2001/1. Dönem için 523,41 TL, 2001/11. Dönem için 417,38 TL, 2001/III. Dönem için 580,10 TL 2002/1. Dönem için 433,01 TL, 2002/11. Dönem için 217,17 TL, 2002/III. Dönem için 204,95 TL, 2003/1. Dönem için 472,39 TL, 2003/11. Dönem için 68,96 TL prime esas fark kazancının olduğunun tespitine" karar verilmiştir.

Hükmün, davalılar vekillerince temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan, temyiz konusu hükme ilişkin dava 6100 sayılı HMK'nun geçici 3.

maddesi uyarınca 1086 sayılı HUMK'nun 438. maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen hallerden hiçbirine uymadığı belirlenmekle Yargıtay incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davanın yasal dayanağı, sigortalı ve işverenin Sosyal Güvenlik Kurumuna ödeyecekleri primlerin matrahını teşkil eden sigortalı kazançlarının nelerden ibaret olduğu ve istisnalarını gösteren (mülga) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 77/1. maddesidir.

Anılan maddede prime esas kazançlar üç bent halinde gösterilmiştir. Buna göre; "Sigortalılarla işverenlerin bir ay için ödiyecekleri primlerin hesabında:

Sigortalıların o ay için hakettikleri ücretlerin,

Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan sigortalılara o ay içinde ödenenlerin, c) İdare veya kaza mercilerince verilen karar gereğince (a) ve (b) fıkralarında yazılı kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin, Brüt toplamı esas alınır."

Yasa gereğince, maddenin 2. fıkrasındaki istisnalara girmemesi koşuluyla hizmet akdi karşılığı elde edilen her türlü gelirden sigorta primi kesilmesi söz konusu olmaktadır.

506 sayılı Kanunda ücretin tanımı yapılmamıştır. Fakat m.77/I-a'da sözü edilen "ücretler" kavramı içine asıl ücretle birlikte, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri gibi ücretlerinde girdiği kabul olunmaktadır. Bu ücretlerin sigortalıya fiilen ödenmesi şart olmayıp, onun adına o ay için tahakkuk ettirilmiş olması prime esas kazançta dahil edilmesi için yeterlidir.

Asıl ücretin eki niteliğinde bulunan prim ve ikramiyeler, prime esas kazançlar olarak brüt tutarları üzerinden ödendikleri aylar itibarıyla prime esas tutulur. Bunların tahakkuk etmiş olması prime esas tutulmaları için yeterli olmamakta, ödenmiş olması da aranmaktadır (m.77/I-b).

İdare veya kaza mercileri tarafından verilen karar uyarınca sigortalılara yapılan ödemeler (a) ve (b) bentlerinde öngörülen ücret türlerinden ayrımsızdır. Fark, bunların yönetim ve yargı mercilerince verilmiş kararlardan kaynaklanmalarıdır. İşveren ile sigortalı işçi arasında "fazla çalışma ücreti" veya "prim, ikramiye" gibi konularda uyuşmazlık çıkar ve mahkemece, bu işçilik haklarının ödenmesine karar verilir ve sigorta primlerinin ödeneceği ay içinde bu paralar sigortalıya verilirse, bu ödemelerde prim matrahına dahil edilerek, prim hesabında göz önünde tutulur. Bu tür kazançlara salt hak kazanmak, bu kazançların prime esas alınması için yeterli bulunmamaktadır (Mustafa Çemberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, 1985 Baskı, s.439).

Davaya konu somut uyuşmazlıkta, davacı, davalı işverenlere ait işyerinde çalıştığı, emekli olması nedeniyle bu işyerinden ayrıldığını belirterek, fazla çalışma ücreti de dahil olmak üzere bir kısım işçilik alacaklarının tahsili istemli olarak açtığı

davada, fazla çalışma ücreti belirlenerek, istemin kısmen kabulüne karar verildiği, neticeten hükmün Yargıtay 9. HD'nce onanarak kesinleştiği; eldeki davada ise, davalı işverenlerin, fazla çalışma ücretini SSK'ya bildirilen prime esas kazançta dahil etmediklerini belirterek, "davalı işyerinden hak ettiği fazla çalışma ücretlerinin de bildirilen kazancına katılarak prime esas kazançlarının tespitini" istemekte olup, mahkemece, kesinleşen yargı kararıyla hak kazanılan fazla çalışma, genel tatil ücretlerini dikkate alarak hesaplama yapan bilirkişi raporuna dayalı olarak, dönemler halinde prime esas fark kazancın hüküm altına alındığı görülmektedir.

Yargı kararı ile hak kazanılan ücret niteliğindeki kazançların hak kazanıldığı dönemlerin prime esas kazançlarına dahil edilmesi isabetsiz olup, ödenmesi koşuluyla, ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dahil edilmesi; hizmet akdinin daha önceki bir tarihte sona ermiş olması karşısında ise, yapılan ödemelerin çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancında gözetilmesi gerekir.

Kabule göre; prime esas fark kazancın, hak kazanılan ayın matrahına dahil edilmesi gerekirken, dönemler halinde hesaplama yapılmış olması da isabetsizdir.

Yukarıda açıklanan maddi ve yasal olgular dikkate alınarak yapılacak inceleme ile hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalılar vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek hâlinde davalılardan Dilek Aydık ve Bedia Aydık'a iadesine, Üyeler; Asuman Celkan ve Çetin Şen'in muhalefetlerine karşı: Başkan Süleyman Caner, Üyeler; Fatih Arkan ve Türkşen Akdamar'ın oylarıyla ve oyçokluğuyla 02.02.2012 gününde karar verildi.

KARŞI OY

Davacı sigortalı, davalı işveren nezdinde geçen bir kısım hizmet sürelerinde fazla mesai yaptığından bahisle ödenmeyen fazla mesai ücretlerinin ekte bulunan kesinleşmiş dosyadaki ilamla hüküm altına aldırılmıştır.

Eldeki dosyada ise fazla mesai ücretlerinin bağlanan yaşlılık aylığı oranını etkileyeceğinden bahisle yaşlılık aylığının hesabında değerlendirilen aylık bağlama oranını yükselteceğinden S.P.E.K eklenerek yeniden S.P.E.K tespitine karar verilmesini talep etmektedir.

Davacının istemi diğer bir anlatımla yaşlılık aylığını belirleyen ücretine fazla mesai ücretlerinin dahil edilmesi ile, 506 sayılı Yasa'nın 77. maddesinde yer alan ve S.P.E.K belirleyen unsurlar arasına fazla mesai ücretinin de bulunduğunu tespitini istemektedir.

Mahkemece, isteğin kabulüne karar verilerek kesinleşen işçilik hakkı dosyasında hükmedilen fazla mesai ücretlerinin çalışılan dönemlere göre

belirlenerek ve önceki S.P.E.K eklenip yeniden hesaplama yapılarak FARK S.P.E.K tespit edildiği görülmektedir.

Yüksek Daire temyiz incelemesinde fazla mesai ücretlerinin P.E.K dahil edilmesini isabetli bulmakla birlikte bu meblağın "yargı kararı ile kazanılan ücret niteliğindeki kazançların hak kazanıldığı dönemlerin S.P.E.K dahil edilmesinin isabetsiz olduğunu, ödenmesi koşuluyla ödemenin yapıldığı ayın S.P.E.K matrahına dahil edilmesi, hizmet akdinin önceki bir tarihte sona ermiş olması karşısında ise yapılan ödemelerin çalışmanın geçtiği son ayın S.P.E.K gözetilmesi gerektiğine" şeklinde hükmedilerek dönemler halinde hesaplama yapılmış olmasını isabetsiz bularak Daire çağunluğunca bozma şeklinde hüküm kurulmuştur. Önerilen bu uygulama 506/80 ve 5510/80. madde metinlerine ve kapsam olarak da 5510/82 uygun düşmez. İdarenin eksik ve yanlış tasarrufları için yanlış yapıldığı iddia olunan uygulamalarda sigortalı, haksahibine veya ilgililerce açılacak davalar 506 sayılı Yasa'nın 116. maddesi gereği 1 yılla sınırlı olup bu süre davacı tarafından geçirilmiş * olup zamanaşımı defî söz konusudur.

Davalılar cevap ve temyiz dilekçelerinde ayrı ayrı olmak üzere 506/79 hükümlerinden bahisle işyeri kayıtlarının oluşmasından ileriye doğru zamanaşımı ve hak düşürücü sürenin geçtiğini beyan etmişlerdir.

Aşağıda anlatılan nedenlerle sayın çoğunluğun bozma yönündeki görüşüne AYRIK GEREKÇE ile katılmamaktayım.

Şöyle ki; sigortalı, davalı işveren nezdinde geçen fazla mesaiye ait ödenmeyen ücretleri için alacak davası açmış olup, tarafı sigortalı ve işverendir. Eldeki davada ise taraflar sigortalı ile işverenin yanısıra SGK Başkanlığıdır. Dolayısıyla SGK Başkanlığı alacak davasında taraf bulunmadığı halde gerçekleşen sonuçlardan bu davada sorumlu tutularak S.P.E.K yeniden belirlenmesi ile ek bordro verilmesi, ödeme emri çıkartılması, takibin yapılması yönünde edim yüklenmektedir. Neticeten gerek mahkeme gerek yüksek Dairenin bozma ilamı doğrultusunda ele alındığında, fazla mesai ücretinin fazla çalışılan ilgili aylara veya çalışılan son ayın ücretine dahil edilmediğinden bahisle eksik kazanç üzerinden prim tahakkuku yapılarak bazı aylarda eksik ortalama kazanç sebebiyet verilmiş olması nedeniyle yeniden ek prime kazançların tespiti için ek bordro işverence düzenlettirilip ve işçilik alacağı davası ilamının kesinleştiği ayı takip eden aysonundan itibaren ödemede bulunulmadığı anlaşıldığından 5510 sayılı Yasa'nın 102. maddesi gereğince işveren aleyhine idari para cezasının tahakkuk ettirileceğinin gerekeceği hususu öngörülmelidir. Bu durumda davalı taraflara sayısız maddi ve manevi külfet yüklenecek, iş hayatına dair ekonomi sarsılacaktır.

Tüm bu karmaşaya neden vermeden öncelikle fazla mesai ve karşılığı olan fazla çalışma ücret kavramının üzerinde durmak gerekmektedir. SGK'nın kontrol görevinde bulunan aylık prime esas kazancın tahakkukundaki ücret içerisine hangi ödeme kalemlerinin gireceğinin belirlenmesinin yanı sıra bu ödemelerin

niteliklerinin devamlılık kazanmış karakteri ile zorunlu çalışma süresi olan 4857 sayılı Yasa'nın 41. maddesinde yer alan 7,5 saatlik çalışmanın sonucu ve gereği olan ücret ile diğer istihkaklardan oluştuğu bilinmelidir. Fazla mesai ise zorunlu çalışma saatlerinin dışında gerçekleşen çalışma halidir. Bunun bedeli ise işverence fazla mesainin yapıldığı zaman dilimi hafta sonu, resmi veya dini bayramlar, gece gündüz, esnek çalışma hallerine ayrı ayrı değerlendirilerek ödenecek meblağ da bu zaman dilimine göre (%50, 1 katı, 2 katı, esnek çalışmada izin kullandırılmak suretiyle) farklı oranda değerlendirmeye tabi tutulan ÜCRET'TİR.

Fazla çalışma yapılma olgusu işçi ve işverenin isteklerinin karşılıklı uzlaşılması ile gerçekleşir. Zorunlu çalışma hali olmadığı için SGK'nın bu serbest iradeye ve olguya müdahalesi gerekmemekte, iş hayatında ki kamusal düzeni sağlamakla görevli idarenin yükümlülüğüne bu nedenle girmemektedir. Yani görev ve inceleme alanı dışında kalmaktadır. Bu nedenle de bu zaman dilimi ve ücreti için prim tahakkuku yapılması gerekmemektedir. İşyerinde her işçinin veya her işverenin fazla mesai yapma ve yaptırma gibi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durum eşitliği veya kamu düzenini bozan bir sonuç doğurmamaktadır.

506 sayılı Yasa'nın 77. maddesi ile 5510 sayılı Yasa'nın 80. maddesinde yer alan ücret kavramına dahil edildiği vurgulanan istihkaklar içerisinde fazla mesai ücreti girmemektedir. Bu kalemler öncelikle zorunlu çalışma süresi dahilindeki çalışmalar için çalışanlara ve işyeri özelliklerine göre ödenen iş kaybı tazminatı, ilave tediye, akdi ikramiye, kıdem zammı vs. gibi ödemelerdir. Niteliği gereği ya T.İ.S ya da kanun gereği hak edilmekte ne miktar ödeneceği dahi çalışanın statü ve kıdemine göre önceden ve genelde bilinmektedir. Görüleceği gibi fazla mesai ücreti ile benzerliği yoktur.

Türkiye genelinde her işyerinde fazla mesai uygulaması en azından bir dönem yapılmıştır ve çalışmalara ödenen ücretler bordrolar ile işyeri dosyasında yer almıştır. Yine işyerlerinde iş veya sigorta müfettişince, kontrol memurlarınca yapılan rutin veya şikayetli incelemelerde ve teftişlerde işyeri kayıtlarında bu bordrolardan veya işçi beyanlarından ilgili aydaki fazla mesai yapıldığına muttali olunmuştur. Fazla mesai için ödenen ücretlerin S.P.E.K katılmadığı anlaşıldığında eğer zorunluluk olsaydı yapılacak iş ek ücret ve prim bordrosu ile idari para cezasının tahakkuk ve tatbik ettirilmesi yönünde işlem başlatmak olacaktır. Bu güne değin böyle bir uygulamanın gerçekleştiği tarafımda hiçbir haksahibi, işçilik alacağı veya ödeme emri konulu dava dosyalarında rastlanmamıştır. Uzun süreçte böyle bir uygulamanın idarece göz ardı edildiği veya atlandığı da ileri sürülemez. Demek ki fazla mesai ücreti aylık ücret ve istihkaklar kavramına dahil olmayıp S.P.E. Kazançlar arasında dahil edilmemelidir.

Diğer yandan her dava açıldığında davacının hukuki yararının varlığı gözönünde bulundurulur. Bu dava bir tespit davası olup ancak eda hükmüne dönüşmektedir. Birinci husus fazla mesai ücretinin S.P.E.K'te değerlendirilmesi ile

rakamın yükseltilmesi halinde sigortalının prim gün sayısı artmamaktadır. 506 ve 4857 sayılı Yasalara göre bir yıl 360 gün, bir ay 30 gün, haftalık çalışma süresi 45 saat olup bu süreler zorunlu çalışma süreleridir. Daha fazlasına hükmedilemez. Bu nedende hukuki yararı yoktur. İkinci husus yine aylık bağlama oranını etkilediği ileri sürüldüğünden fark mesai ücretinin çalışılan son ayın ücretine dahil edilmesi ile tavan ücret sınırlaması da dikkate alınmak kaydıyla yıllık ortalama kazancı etkilemeyeceği de bilinmelidir. 5510/82 Daire çoğunluğunun görüşü bu doğrultuda ise de usul ve yasaya aykırıdır. Açılan bu davanın Sosyal Güvenlik Hukuku yönünden 506 sayılı » Yasa'nın 61. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlama oranını etkilemeyeceğinden davacıya hiçbir yararı yoktur.

SONUÇ:Yukarıda anlatılan nedenlerle kamu düzeninden olmayan ve yalnızca çalışan ve işveren tarafı ilgilendiren uygulaması nedeniyle fazla mesai ücretinin S.P.E.K dahil edilmesi gerekmediğinden, zorunlu çalışma süresi dışında kaldığından SGK Başkanlığını ilgilendiren bir yasal alanı bulunmadığından bu meblağlar için davacının isteğinin hüküm altına alınmasında isabet ve yasaya dayalı hukuki yarar bulunmadığından yerel mahkeme kararının tümünden bozulması gerekirken yüksek Daire çoğunluğunun değişik gerekçe ile Bozma görüşüne de katılmadığından AYRIK GEREKÇE ile çoğunluk görüşüne katılmıyorum. 02.02.2012

KARŞI OY

Yargı kararı ile hak kazanılan ücret niteliğindeki kazançların hak kazanıldığı dönemlerin prime esas kazançlarına dâhil edilmesi suretiyle kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararının, ödenmesi koşuluyla, ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi; hizmet akdinin daha önceki bir tarihte sona ermiş olması karşısında ise, yapılan ödemelerin çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancında gözetilmesi gerektiğinden bahisle bozulması şeklindeki Dairemizin çoğunluk kararına, davanın reddi gerektiği kanaatiyle katılamamaktayım.

Şöyle ki;

Öncelikle davacının talebi net olarak anlaşılammaktadır. Zira 12.03.2007 tarihli dava dilekçesinde davacı, davalılar Dilek Aydı ve Bedia Aydı'ya ait işyerinde asgari ücretin üzerinde bir ücretle çalıştığını, ayrıca sürekli fazla çalışması olmasına karşın prime esas kazancının asgari ücrete göre belirlenip, buna göre prim ödemesi yapıldığını ileri sürmüştü, delil olarak da Tekirdağ İş Mahkemesinin 2004/94(Bozma sonrası esası 2007/327) esas sayılı dosyasını göstermiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin onaması ile kesinleşen, Tekirdağ İş Mahkemesinin 2004/94(Bozma sonrası esası 2007/327) esas sayılı, işçilik alacaklarına ilişkin bu dosyasında ise kıdem tazminatı ile yıllık izin ücretleri hükme bağlanmıştır.

Mahkemece temyize konu iş bu dosyada hüküm altına alınan taleplere gelince, 28.06.2010 tarihli bilirkişi raporunda tespit edildiği ileri sürülen, gerçek aylık ücret, fazla mesai ve genel tatil ücretidir.

Esasen, iş bu davada güçlü delil olarak kabul edilen Tekirdağ İş Mahkemesinin 2004/94(Bozma sonrası esası 2007/327) esas sayılı dosyasında davalılardan yukarıda da değinildiği üzere sadece Dilek Aydı ve Bedia Aydı taraftır. Diğer davalı SGK ise taraf olmadığı için 2004/94(Bozma sonrası esası 2007/327) sayılı dosya hakkındaki bu davada aleyhine güçlü delil olarak kabul edilip anılan davalı SGK yönünden hükme esas kılınmaz. Taraf olmadığı davada verilen bu kararın, davalı SGK yönünden bağlayıcılığı olamaz.

Ayrıca, 2004/94(Bozma sonrası esası 2007/327) sayılı dosyadaki talep konuları, işçilik alacağına ilişkin olması sebebiyle ispat vasıtaları da iş bu davadakinden farklıdır. Zira Mahkeme 2004/94(Bozma sonrası esası 2007/327) sayılı dosyada, tarafların dosyaya sundukları deliller ve tarafların kabulleriyle bağlıdır. İşçilik alacaklarına ilişkin olarak 2004/94(Bozma sonrası esası 2007/327) sayılı dosyada kesinleşen bu hüküm, iş bu davada sadece davalılar Dilek Aydı ve Bedia Aydı yönünden güçlü delil olarak değerlendirilebilir. Davada taraf sıfatı bulunmayan SGK yönünden ise güçlü delil olmamaktadır. Oysaki görülmekte olan iş bu davada sosyal güvenlik hakkının yaşama geçirilmesi üzerindeki etkisi ve kamu düzenine ilişkin yönü gözetilerek, tarafların gösterdiği kanıtlarla bağlı kalmayıp, gerektiğinde re'sen kanıt toplanabileceği gerçeği de gözetilerek inceleme yapılması; sosyal güvenlik hakkı yönünden hak kaybını önleyici bir karar verilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Hal böyle olunca da 2004/94 (Bozma sonrası esası 2007/327) sayılı dosyadaki delillere itibar edip sonuca gitmek mümkün olmayacaktır.

Ote yandan, davanın yasal dayanağı, sigortalı ve işverenin Sosyal Güvenlik Kurumuna ödeyecekleri primlerin matrahını teşkil eden sigortalı kazançlarının nelerden ibaret olduğunu ve istisnalarını gösteren, talep konusu dönemde yürürlükte olan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 77'nci maddesinin 1'nci fıkrasıdır.

Bu belge 5070 sayılı Yasa hükümlerine göre elektronik olarak imzalanmıştır.

"Prime esas ücretler" başlıklı 77'nci maddesinin 1'nci fıkrasına göre" Sigortalılarla işverenlerin bir ay için ödeyecekleri primlerin hesabında:

a) Sigortalıların o ay için hak ettikleri ücretlerin,

Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan sigortalılara o ay içinde ödenenlerin,

İdare veya kaza mercilerince verilen karar gereğince (a) ve (b) fıkralarında yazılı kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin, Brüt toplamı esas alınır."

Bu Madde metnine göre, yaşlılık aylığı almaya başlamış olanların sonradan kaza mercilerince verilen kararlar gereğince (a) ve (b) fıkralarında yazılı kazançlar niteliğindeki hak ettikleri ücretlerin artık "Prime esas ücret" olarak sayılması

mümkün bulunmayacaktır. Burada sözü edilen sigortalılara o ay içinde yapılan ödemeler, fiilen çalışması sürmekte olanlar bakımından geçerlidir.

Nitekim, bu durumun yol açtığı hak kayıplarının önüne geçilmesi bakımından 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun "Prime Esas

Kazançlar" başlıklı 80. Maddesinin 1'nci fıkrasının (d) bendiyle benimsenen, "yargı mercilerince verilen kararlara istinaden, sonradan ödenen ücret dışındaki ödemelerin hizmet akdinin mevcut olmadığı veya askıda olduğu bir tarihte ödenmesi durumunda, 82 nci madde hükmü de nazara alınmak suretiyle prime esas kazancın tabii olduğu en son ayın kazancına dahil edilir" şeklindeki düzenlemeyle,

Dairemizin bozma kararını haklı kılacak bir uygulama kabul edilmiştir. Dolayısıyla, talep konusu dönem bakımından geçerli olan mevzuata göre davacı için 30.11.2003 tarihinde hizmet akdi sona ermiş ve bu çalışmalarından dolayı aylıklık aylığı almaya başlamış iken sonradan kaza mercilerince verilen kararlar gereğince (a) ve (b) fıkralarında yazılı kazançlar niteliğindeki hak ettikleri ücretlerin artık "Prime esas ücret" olarak sayılması mümkün bulunmayacaktır.

Kaldı ki, gerek Mahkemenin kabulü, gerek Dairemizin bozma kararındaki kabul durumu halinde, davacı bakımından yeni hale göre fark kıdem tazminatı ve aylıklık aylığı hesaplamalarını gündeme getirebilecek ki bu hal hem yeni duruma göre fark kıdem tazminatı ödemesi yükümlülüğü gündeme gelecek olan işverenler bakımından, hem de yeniden fark aylıklık aylığı hesaplaması ve yapılacak bu hesaplamaya göre fark aylıklık aylığı ödemesi yükümlülüğü gündeme gelecek olan davalı Kurum yönünden usul ve yasaya olup, hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Bir de bu hal, zamanında primini alıp değerlendirmedığı sigortalı bakımından yeniden fark aylıklık aylığı hesaplaması ve yapılacak bu hesaplamaya göre fark aylıklık aylığı ödemesi yükümlülüğü altına girecek davalı Kurum açısından aktüeryal dengeyi olumsuz etkileyecektir.

SONUÇ: Açıklanan sebeplerle reddi gereken davanın kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararının bozma gerekçelerini isabetli bulmadığımdan bu yönde oluşan Dairemizin çoğunluk kararına katılamıyorum.