

## YARGITAY

### Hukuk Genel Kurulu

Esas No.	2015/22-3114
Karar No.	2018/1945
Tarihi:	<b>18.12.2018</b>

<b>İlgili Kanun / Madde</b>
<b>4857 S. İşK/17</b>
<b>1475 S.İşK/14</b>
<b>6100 S.HMK/107</b>

- **BELİRSİZ ALACAK DAVASI AÇMANIN KOŞULLARI**
- **KIDEM TAZMİNATININ HESABINDA GİYDİRİLMİŞ ÜCRET VE KIDEM SÜRESİNİN BELİRLENMESİNİN GEREKMEŞİ**
- **KIDEM TAZMİNATI ALACAĞININ BELİRSİZ ALACAK DAVASINA KONU EDİNİLEBİLECEĞİ**

- 
- 

**ÖZETİ.** Alacaklı, yalnızca eda davası veya yalnızca tespit davası yahut kısmi eda ile birlikte külli tespit davası açabilme seçeneklerine sahip olduğu, hak-arama özgürlüğünün (Any.m.36, İHAS.m.6) özünde var olan bu seçenekler, yasa veya içtihat yoluyla yasaklanamayacağı, esasen tam veya kısmi olmasına bakılmaksızın her eda davasının temelinde bir külli tespit unsuru bulunduğu, başka deyimle eda hükmünde tertip olunan her durumun arkasında sorumluluk saptanmasını içeren bir zorunlu ön tespit kabulü mevcuttur." şeklindeki açıklamayla, alacağın belirsiz olup olmadığı ile ilgili olarak bazı kriterler kabul edilmiştir.

Bu kriterler, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin;

1-Davacının kendisinden beklenememesi,

2-Bunun olanaksız olması,

3-Açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması olarak belirtilmektedir

Belirsiz alacak davasının getirdiği en önemli etkin koruma, usul ekonomisi ve hak arama özgürlüğüne hizmet etmesi yanında, davacının yüksek yargılama giderlerine katlanma ve dava konusu hakkın zamanaşımına uğrama riskini azaltmasıdır.

İşçilik alacakları bakımından, dava konusu edilen alacağın belirli olup olmadığı ile ilgili olarak davanın açıldığı tarihte alacağın

miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin davacıdan beklenememesi kriteri ile açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağıın miktar ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması kriterini birlikte değerlendirip sonuca gidilmesi gerekir.

Kural olarak kişinin alacağını belirleyebilmesi için aynı zamanda belgeye bağlama yetkisinin olması veya bu konuda belge düzenlenip kendisine verilmesi gerekir.

Kıdem tazminatının hesap unsurları işçinin hizmet süresi ile son ücreti olup, belirtilen hesap unsurlarından birine ilişkin tartışma ve belirsizlik alacağın da belirsiz olması sonucunu doğurmaktadır. Az yukarıda belirtildiği üzere kıdem tazminatının hesabına esas ücret, giydirilmiş ücrettir ve giydirilmiş ücrete işçinin asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dâhil edilmektedir. Bu kapsamda aynı olarak sağlanan yemek ve yol yardımlarının parasal değerinin de tazminat hesabında göz önünde tutulacağıı kuşkusuzdur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8/3'üncü maddesinde işveren açıkça işçiye varsa ücret eklerini gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlü tutulmuştur. Bu kapsamda davacı işçiye iş yerinde aynı olarak yemek ve yol yardımları sağlandığı açık olup işveren tarafından ise dosyaya Kanunun kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirerek gerekli belgeleri işçiye teslim ettiğine dair bir delil sunulmamıştır. Bu nedenle işçinin alacağını belirleyecek verilerin elinde bulunduğundan söz etmek mümkün değildir.

Öyleyse, dava konusu kıdem tazminatı isteminin belirlenebilmesi için işverende bulunan bilgi ve belgelerin verilmesi ve tahkikata ihtiyaç duyulduğundan açıkça belirli olduğundan bahsedilemeyecektir. Öte yandan, davacının hizmet süresi konusunda da taraflar arasında ihtilaf bulunmaktadır.

O hâlde uyuşmazlık konusu alacağın belirlenebilmesi; çalışma süresinin belirlenmesi, hesap raporu alınması, işverende bulunan bilgi ve belgelerin verilmesi ile tahkikatı gerektirdiğinden, mahkemece davanın belirsiz alacak davası olarak görülmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Taraflar arasındaki "işçilik alacağı" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İzmir 1. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 26.09.2013 tarihli ve 2012/527 E., 2013/558 K. sayılı kararın temyizden incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 23.03.2015 tarihli ve 2014/27437 E., 2015/11106 K. sayılı kararı ile;

"...Davacı vekili, müvekkilinin 1993 yılı Şubat ayında Dokuz Eylül Üniversitesi Hastanesi nezdinde iş yapan alt işverenlere bağlı temizlik görevlisi olarak çalışmaya başlayıp, iş akdini emeklilik sebebiyle feshettiği 31. 07. 2012 tarihine kadar kesintisiz olarak çalıştığını beyanla kıdem tazminatı alacağını davalı işverenden tahsilini talep etmiştir.

Davalı Dokuz Eylül Üniversitesi Rektörlüğü vekili, davacının dava dışı şirket işçisi olduğu, idare ile davacının çalıştığı şirket arasında hizmet alım sözleşmeleri imzalandığı, bu ihale sözleşmeleri gereği işin bütünüyle dava dışı şirkete devredildiğini, dava dışı şirket ile aralarında asıl-alt işveren ilişkisi bulunmadığından davanın husumet yönünden reddi gerektiğini, yine davacının kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı ve işten çıkışının ne şekilde yapıldığının davalı idarenin bilgisi ve iradesi dışında olduğunu beyanla açılan davanın reddini Savunmuştur.

Mahkemece toplanan deliller ve alınan bilirkişi raporu doğrultusunda, kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında öncelikle çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için gerekli şartları taşıyıp taşımadığı noktasında toplanmaktadır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesiyle, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer almayan yeni bir dava türü olarak belirsiz alacak ve tespit davası kabul edilmiştir.

6100 sayılı Kanun'un 107. maddesine göre, "(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."

Hükümet tasarısında yer almayan bu madde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından, esasen baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacakla ilgili hak arama durumunda olan kişinin, hukuk sisteminde karşılaştığı güçlüklerin bertaraf edilerek hak arama özgürlüğü çerçevesinde mümkün olduğunca en geniş şekilde korunmasının sağlanması gerekçesi üzerinde durularak ihdas edilmiş ve nihayetinde kanunlaşmıştır.

Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibariyle uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafca belirlenmemesi gereklidir. Belirleyememe hali, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen miktar veya değer belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenmemesi Durumuna ya da objektif olarak imkansızlığa dayanmalıdır.

Madde gerekçesinde "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 bulunduğundan söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez." şeklindeki açıklamayla, alacağın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması durumunda, belirsiz alacak davası açılarak bu davanın sağladığı imkanlardan yararlanmanın mümkün olmadığına işaret edilmiştir.

Alacağın hangi hallerde belirsiz, hangi hallerde belirli veya belirlenebilir olduğu hususunda kesin bir sınıflandırma yapılması mümkün olmayıp, her bir davaya konu olacak bakımından somut olayın özelliklerinin nazara alınarak sonuca gidilmesi gereklidir.

6100 sayılı Kanun'un 107/2. maddesinde, sorunun çözümünde yol gösterici mahiyette kriterlere yer verilmiştir. Anılan madde fıkrasında, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabileceği hüküm altına alınmış, madde gerekçesinde de "karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneği bilirkişi ya da keşif incelemesi sonucu)" belirlenebilme hali açıklanmıştır.

Davacının alacağının miktar veya değerini belirleyebilmesi için elinde bulunması gerekli bilgi ve belgelere sahip olmaması ve bu belgelere dava açma hazırlığı döneminde ulaşmasının da (gerçekten) mümkün olmaması ve dolayısıyla alacağın miktarının belirlenmesinin karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin sunulmasıyla mümkün hale geleceği durumlarda alacak belirsiz kabul edilmelidir.

Sırf taraflar arasında alacak miktarı bakımından uyuşmazlık bulunması, talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olması anlamına gelmez. Önemli olan objektif olarak talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olmasıdır. Sadece alacak miktarının taraflar arasında uyuşmazlık bulunması ya da tartışmalı olmasının belirsiz alacak davası açılması için yeterli sayılması halinde, neredeyse tüm davaların belirsiz alacak davası olarak kabulü gerekir ki, bu da kanunun amacına aykırıdır. Çünkü, zaten uyuşmazlık bulunduğu için dava açılmakta ve uyuşmazlık mahkeme önüne gelmektedir.

Önemli olan davacının talebini belirli kılacak imkâna sahip olup olmadığıdır. Burada, alacağın belirlenebilir olması ile ispat edilebilirliğinin de ayrıca değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Davacının talep ettiği alacağı belirlenmesi objektif olarak mümkün, ancak belirleyebildiği alacağını ispat etmesi, kanunun öngördüğü şekilde ispatı (elindeki delillerle) mümkün değilse, burada da belirsiz alacak davası açılacağından söz edilemez. Çünkü, bir alacağın belirlenmesi ile onun ispatı ayrı şeylerdir. Davacı, talep konusu yaptığı alacağını çok net şekilde belirleyebilir; ancak her zaman onu ispat edecek durumda olmayabilir. Aksinin kabulü, her ispat güçlüğü olan alacağı belirsiz alacağa dönüştürmek gibi, hem kanunun amacına hem de genel ilkelere aykırı bir durumu ortaya çıkartabilir.

Alacağın miktarının belirlenebilmesinin, tahkikat aşamasında yapılacak delillerin incelenmesi, bilirkişi incelemesi veya keşif gibi sair işlemlerin yapılmasına bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davası

açılacağı kabul edilmelidir. Ne var ki, bir davada bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir. Bir davada bilirkişiye başvurulmasına rağmen davacı dava açarken alacak miktarını belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açamaz.

Kategorik olarak, belirli bir tür davanın veya belirli kişilerin açtığı davaların baştan belirli veya belirsiz alacak davası olduğundan da söz edilemez. Belirsiz alacak davası, bu davaya ilişkin ölçütlerin somut olaya uygulanarak belirlenmesi gerekir.

Hakime alacak miktarının tayin ve tespitinde takdir yetkisi tanındığı hallerde (Örn: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md 50, 51, 56), hakimin kullanacağı takdir yetkisi sonucu alacak belirli hale gelebileceğinden, davacının davanın açıldığı tarih itibariyle alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin imkansız olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, iş hukuku uygulamasında Yargıtayca, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının yazılı belgelere ve işyeri kayıtlarına dayanmayıp, tanık anlatımlarına dayanması halinde, hesaba esas alınan süre ve alacağın miktarı nazara alınarak takdir edilecek uygun oranda takdiri indirim yapılması gerekliliği kabul edilmektedir. Bu halde, şahit anlatımlarına dayanılarak hesaplanan alacak miktarından hakimin takdir yetkisine bağlı olarak yapılacak indirim oranı baştan belirli olmadığından, alacak belirsiz kabul edilmelidir.

6100 sayılı Kanun ile birlikte, yukarıda belirtilen çerçevede belirsiz alacak davası açma imkanı tanınarak belirsiz alacaklar bakımından hak arama özgürlüğü genişletilmiş; bununla bağlantılı olarak da hukuki yarar bulunmadan kısmi dava açma imkanı sınırlandırılmakla birlikte, tamamen kaldırılmamıştır.

Zaman zaman, 6100 sayılı Kanun ile birlikte kabul edilen belirsiz alacak davası ile kısmi davaya ilişkin yeni düzenlemedeki sınırın tam olarak tespit edilemediği, birinin diğeri yerine kullanıldığı görülmektedir. Oysa bu iki davanın amacı ve niteliği ayrıdır. Alacak, belirli veya belirlenebilir ise, belirsiz alacak davası açılmaz; ancak şartları varsa kısmi dava açılması mümkündür.

Kanunun kısmi dava açma imkanını sınırlamakla birlikte tamamen ortadan kaldırmadığı da gözetildiğinde, belirli alacaklar için, belirsiz alacak davası açılmasa da, şartları oluştuğunda ve hukuki yarar bulunduğunda kısmi dava açılması mümkündür. Aksi halde, sadece ya belirsiz alacak davası açma veya belirli tam alacak davası açma şeklinde iki imkandan söz edilebilir ki, o zaman da kısmi davaya ilişkin 6100 sayılı Kanun'un 109. maddesindeki hükmün fiilen uygulanması söz konusu olamayacaktır. Çünkü, belirsiz alacak davasında zaten belirsiz alacak davasının sağladığı imkanlardan yararlanarak dava açılacaktır; şayet alacak belirli ise de, o zaman sadece tam eda davası açılacaktır. Oysa kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği prensibi gereği, anılan maddeyle kısmi davaya ilişkin düzenleme yapıldığı düşünülerek ve Kanundaki sınırlamalara dikkat edilerek kısmi dava açılacaktır.

Bu noktada şu da açıklığa kavuşturulmalıdır ki, şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir. Çünkü, alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak davası açmakta hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmeli, ek bir süre verilmemelidir. Zira, burada talep açıktır, bu sebeple 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ. maddesinin uygulanarak süre verilmesi mümkün değildir; aslında açılmaması gerektiği halde belirsiz alacak davası açılmış olduğundan, bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından, dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Buradaki hukuki yarar, sonradan tamamlanacak nitelikte bir hukuki yarar değildir. Çünkü, dava açıldığında o sırada mevcut olmayan hukuki yarar, bunun da açıkça mahkemece bilindiği bir durumda, tamamlanacak bir hukuki yarar değildir. Aksinin kabulü, aslında açık olan talep sonucunun süre

verilerek davacı tarafından değiştirilmesi ve bulunmayan hukuki yararın sağlanması için davacıya ek imkan sağlanması anlamına gelecektir ki, buna usûl bakımından imkan yoktur, böyle bir durum taraflar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır. Bunun yanında, şayet açılan davada asgari bir miktar gösterilmişse ve bunun alacağın bir bölümü olduğu anlaşılacakla birlikte, belirsiz alacak davası mı yoksa belirli alacak olmakla birlikte kısmi dava mı olduğu anlaşılıyorsa, bu durumda 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ. maddesinin aradığı şekilde açıkça talep sonucu belirtilmemiş olacaktır. Talep, talep türü ve davanın niteliği açıkça anlaşılıyorsa, talep muğlaksa, aynı Kanunun 119/2. maddesi gereğince, davacıya bir haftalık kesin süre verilerek talebinin belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunun belirtilmesi istenmelidir. Verilen bu süreden sonra, davacının talebini açıklamasına göre bir yol izlenmelidir. Eğer talep, davacı tarafından belirsiz alacak davası şeklinde açıklanmış olmakla birlikte, gerçekte belirsiz alacak davası şartlarını taşıyorsa, o zaman yukarıdaki şekilde hareket edilmeli, hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmelidir. Açıklamadan sonra talep belirsiz alacak davası şartlarını taşıyorsa, bu davanın sonuçlarına göre, talep kısmi davanın şartlarını taşıyorsa da kısmi davanın sonuçlarına göre dava yürütülerek karar verilmelidir (Dairemizin 31. 12. 2012 tarih 2012/30463 esas 2012/30091 karar sayılı kararı).

6100 sayılı Kanun'un 110. maddesinde düzenlenen, davacının aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi olarak tanımlanan davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) halinde, talep sayısı sayısı kadar dava bulunduğu kabul edildiğinden ve aynı Kanunun 297/2. maddesi uyarınca da her bir talep bakımından ayrı ayrı hüküm verilmesi gerektiğinden, bu durumda da dava dilekçesinde ileri sürülen taleplerin belirsiz alacak olup olmadığının her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir.

Tüm bu açıklamalar sonucunda şunu belirtmek gerekir ki, iş hukukundan kaynaklanan alacaklar bakımından baştan belirli veya belirsiz alacak davası şeklinde belirleme yapmak kural olarak doğru ve mümkün değildir. Bu sebeple iş hukukunda da belirsiz alacak davasının açılabilmesi, bu davanın açılması için gerekli şartların varlığına bağlıdır. Eğer bu şartlar varsa, iş hukukunda da belirsiz alacak davası açılabilir, yoksa açılmaz. Keza aynı şey Kısmî dava için söz konusudur.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında eldeki davaya konu somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirsiz alacak davası yönünden yapılan değerlendirmede;

Davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı şüphesizdir. Uyuşmazlık konusu kıdem tazminatı alacağı bakımından, talep içeriğinden açıkça anlaşıldığı üzere, davacı çalışma süresini, en son ödenen ücreti, alması gerektiğini iddia ettiği aylık ücret miktarını belirleyebilmektedir. Tazminat hesaplamasına esas alınacak aylık ücrete ek para veya parayla ölçülebilen sosyal menfaatleri de belirleyebilecek durumdadır. Bu halde dava konusu talepler belirsiz alacak davasına konu edilemez. Dava konusu edilen alacakların gerçekte belirlenebilir alacak olmaları ve belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri anlaşılacakla, kıdem tazminatı alacağı yönünden hukuki yarar yokluğundan davanın usulden reddi gerekirken yazılı şekilde esasa girilerek karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..."

gereğince bozularak dosya yerine geri çevrilmeye yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığını, müvekkilinin davalı iş yerinde 1993 yılı ile 31.07.2011 tarihi arasında temizlik görevlisi olarak çalıştığını, emeklilik sebebiyle iş sözleşmesini feshettiğini, en son ücretinin sosyal yardımlar dahil net 900TL olduğunu belirterek, kıdem tazminatının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili ile dava dışı Vira Limited Şirketi arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmadığından davanın taraf sıfatı yokluğu sebebiyle reddi gerektiğini, davacının işe giriş ve işten ayrılış tarihleri ile ücretinin ne kadar olduğunu bilebilecek durumda olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davalının asıl işveren konumunda olması sebebiyle alacaklardan müteselsilen sorumlu olduğu, davacının kıdem tazminatına hak kazandığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan nedenle bozulmuştur.

Mahkemece, davacının dava türüne ilişkin nitelendirmesinin bağlayıcı olmadığı, davacının uzun süre farklı alt işverenler nezdinde çalışması sebebiyle yapılan ödemelerin yasal faizi ile birlikte hak kazanılan kıdem tazminatından mahsubu sonrası kalan tutarın belirlenebilir olmadığı aksi hâlde dava dilekçesinde belirtilen tutardan daha az bir miktarın belirlenmesinde dahi hukuki yarar yokluğundan reddinin gerekeceği ve bu durumun hak arama özgürlüğünü zedeleyeceği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda dava konusu kıdem tazminatının belirsiz alacak olup olmadığı, burada varılacak sonuca göre davacının belirsiz alacak davası olarak eldeki davayı açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle belirsiz alacak davasının hukuki niteliğinden bahsetmekte yarar bulunmaktadır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 107'nci maddesiyle mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK) yer almayan yeni bir dava türü olarak belirsiz alacak ve tespit davası kabul edilmiştir.

6100 sayılı Kanun'un 107'nci maddesinde yer alan;

"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." şeklindeki hüküm ile belirsiz alacak davası düzenlenmiştir.

Hükümet tasarısında yer almayan bu madde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından esasen baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacakla ilgili hak arama durumunda olan kişinin, hukuk sisteminde karşılaştığı güçlüklerin bertaraf edilerek hak arama özgürlüğü çerçevesinde mümkün olduğunca en geniş şekilde korunmasının sağlanması gerekçesi ile ihdas edilmiş ve kanunlaşmıştır.

Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibariyle uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe hâli, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen, miktar veya değerin belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi durumuna ya da objektif olarak imkânsızlığa dayanmalıdır.

Madde gerekçesinde; "Bu davanın kabul edilmesinin artık salt hukuki korumanın ötesine geçilerek "etkin hukuki koruma"nın gündeme gelmiş olmasının da bunu gerektirdiği belirtildiği gibi, hak arama durumunda olan kişi, talepte bulunacağı hukuki ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgari olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilecektir. 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, hukuki ilişki ile asgari 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. 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 tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilmesi benimsenmiştir. Miktarı belirsiz alacaklarda zamanaşımının dolmasına çok kısa sürenin var olduğu hâllerde yalnızca tespit yahut kısmi eda ile birlikte tespit davasının açılabilirdiği genel olarak kabul edilmektedir. Alacaklı, yalnızca eda davası veya yalnızca tespit davası yahut kısmi eda ile birlikte külli tespit davası açabilme seçeneklerine sahip olduğu, hak-arama özgürlüğünün (Any.m.36, İHAS.m.6) özünde var olan bu seçenekler, yasa veya içtihat yoluyla yasaklanamayacağı, esasen tam veya kısmi olmasına bakılmaksızın her eda davasının temelinde bir külli tespit unsuru bulunduğu, başka deyimle eda hükmünde tertip olunan her durumun arkasında sorumluluk saptanmasını içeren bir zorunlu ön tespit kabulü mevcuttur." şeklindeki açıklamayla, alacağın belirsiz olup olmadığı ile ilgili olarak bazı kriterler kabul edilmiştir.

Bu kriterler, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin;

1-Davacının kendisinden beklenememesi,

2-Bunun olanaksız olması,

3-Açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması olarak belirtilmektedir.

Belirsiz alacak davasının getirdiği en önemli etkin koruma, usul ekonomisi ve hak arama özgürlüğüne hizmet etmesi yanında, davacının yüksek yargılama giderlerine katlanma ve dava konusu hakkın zamanaşımına uğrama riskini azaltmasıdır.

İşçilik alacakları bakımından, dava konusu edilen alacağın belirli olup olmadığı ile ilgili olarak davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin davacıdan beklenmemesi kriteri ile açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktar ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması kriterini birlikte değerlendirip sonuca gidilmesi gerekir.

Kural olarak kişinin alacağını belirleyebilmesi için aynı zamanda belgeye bağlama yetkisinin olması veya bu konuda belge düzenlenip kendisine verilmesi gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8'inci maddesinin üçüncü fıkrası ile işverene yazılı sözleşme yapılmayan hâllerde en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih hâlinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belgeyi işçiye verme yükümlülüğü getirilmiştir.

Kanunun 32/2'nci maddesi ile ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakin kural olarak Türk parası ile iş yerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödeneceği, çalıştırdığı işçilerin söz konusu alacaklarını özel olarak açılan banka hesapları vasıtasıyla ödeme zorunluluğuna tabi tutulan işverenler veya üçüncü kişilerin özel olarak açılan banka hesapları dışında bu alacakları ödeyemeyeceği belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 37'nci maddesi ile işverene iş yerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya iş yerinin özel işaretini taşıyan bir pusula verme yükümlülüğü hükme bağlanmıştır. Söz konusu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi zorunluluğu hüküm altına alınmıştır.

Kanunun 67'nci maddesinde, günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatlerinin iş yerlerinde işçilere duyurulacağı; 75'inci maddesinde ise işverene çalıştırdığı her işçi için işçinin kimlik bilgilerinin yanında, İş Kanunu'nun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorunda olduğu bir özlük dosyası düzenlemesi gerektiği yükümlülükleri getirilmiştir.

Söz konusu düzenlemelere bakıldığında işçi işveren arasındaki iş ilişkisinde belgeye bağlama görev ve yetkisinin işçide değil, işverende olduğu görülmektedir.

İş sözleşmesinde iş görme edimini yerine getiren ve belge düzenleme yetkisi ve yükümlülüğü bulunmayan işçinin, alacaklarını belirleyebilmesi için işveren tarafından düzenlenen kanuna uygun belgelere ihtiyacı vardır. Diğer yandan iş ilişkisindeki alacak kalemlerinin hesaplanmasında çıplak ücret ya da giydirilmiş ücrete göre hesaplanan farklı alacak türleri bulunmaktadır. Örneğin kıdem tazminatı, giydirilmiş ücretten hesaplanırken, diğer işçilik alacakları (fazla çalışma, hafta tatili, yıllık ücretli izin alacakları gibi) çıplak ücretten hesaplanmaktadır.

Giydirilmiş ücrete, işçinin asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dâhil edilmektedir. Özellikle ücrete dâhil edilecek menfaatlerin iş yerinde süreklilik arz edip arz etmediği de çoğunlukla taraflar arasında tartışma konusu edilmektedir. Bu nedenle eğitim düzeyi ve sosyal durumları birbirinden farklı olan işçilerin alacağını tam ve kesin olarak belirleyebilmelerini

beklemek mümkün değildir. Bunun için yukarıda bahsedilen iki kriter birlikte değerlendirilerek, dava konusu edilen işçilik alacağının belirli olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.12.2012 tarihli ve 2012/9-838 E., 2012/715 K. sayılı kararında belirtildiği üzere, işçilik alacaklarının özelliği dikkate alınarak alacakların belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi aksinin kabulü de doğru değildir. Aynı şekilde bu nedenle talep konusu işçilik alacaklarının belirli olup olmadığına somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesi daha doğru olacaktır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.06.2015 tarihli ve 2015/22-1156 E., 2015/1598 K., 22.06.2016 tarihli ve 2016/22-874 E., 2016/824 K., 17.01.2018 tarihli ve 2016/22-2177 E., 2018/29 K. ve 17.01.2018 tarihli ve 2016/22-2181 E., 2018/24 K, 07.03.2018 tarihli ve 2014/22-2350 E., 2018/439 K., 14.03.2018 tarihli ve 2015/22-186 E., 2018/479 K. ile 28.03.2018 tarihli ve 2015/22-127 E., 2018/559 K. sayılı kararlarında da aynı ilkeler kabul edilmiştir.

Öte yandan işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı konusunda Yargıtay'ın iş davalarına bakan 7, 9 ve 22. Hukuk Daireleri ile Hukuk Genel Kurulu içtihatları arasında ortaya çıkan farklılığın giderilmesi için Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunca yapılan değerlendirme sonucunda 15.12.2017 tarihli ve 2016/6 E., 2017/5 K. sayılı kararı ile "işçilik alacaklarının çok çeşitli tür, nitelik ve kapsamda olması, somut olayın özelliklerine göre oldukça değişkenlik göstermesi, hatta aynı tür işçilik alacaklarında dahi somut olayın özellikleri itibarıyla işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı konusunda soyut ve genel nitelikte, her bir olayda geçerli olacak ölçüde bir karar alınamayacağından, içtihadı birleştirmeye gerek olup olmadığı" ön sorun olarak tartışılmış ve sonuç olarak içtihadı birleştirmeye gerek olmadığı yönünde karar verilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı vekili müvekkilinin davalı iş yerinde 1993 yılı ile 31.07.2011 tarihi arasında temizlik görevlisi olarak çalıştığını, emeklilik sebebiyle iş sözleşmesini feshettiğini, en son ücretinin sosyal yardımlar dahil net 900TL olduğunu, belirterek, kıdem tazminatının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Mahkemece, yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu uyarınca, davacı işçinin dava dışı alt işverenler nezdindeki çalışma süreleri ile birlikte toplam çalışma süresi belirlendikten sonra, davacının belirlenen ücretine ayrıca yemek ve yol yardımları da eklenmek suretiyle tespit edilen ve giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanan kıdem tazminatı miktarından dava dışı alt işverenler tarafından ödenen kıdem tazminatı tutarı mahsup edilerek bakiye kıdem tazminatı hüküm altına alınmıştır.

Kıdem tazminatının hesap unsurları işçinin hizmet süresi ile son ücreti olup, belirtilen hesap unsurlarından birine ilişkin tartışma ve belirsizlik alacağın da belirsiz olması sonucunu doğurmaktadır. Az yukarıda belirtildiği üzere kıdem tazminatının hesabına esas ücret, giydirilmiş ücrettir ve giydirilmiş ücrete işçinin asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dâhil edilmektedir. Bu kapsamda aynı olarak sağlanan yemek ve yol yardımlarının parasal değerinin de tazminat hesabında göz önünde tutulacağı kuşkusuzdur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8/3'üncü maddesinde işveren açıkça işçiye varsa ücret eklerini gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlü tutulmuştur. Bu kapsamda davacı işçiye iş yerinde aynı olarak yemek ve yol yardımları sağlandığı açık olup işveren tarafından ise dosyaya Kanunun kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirerek gerekli belgeleri işçiye teslim ettiğine dair bir delil sunulmamıştır. Bu nedenle işçinin alacağını belirleyecek verilerin elinde bulunduğundan söz etmek mümkün değildir.

Öyleyse, dava konusu kıdem tazminatı isteminin belirlenebilmesi için işverende bulunan bilgi ve belgelerin verilmesi ve tahkikata ihtiyaç duyulduğundan açıkça belirli olduğundan bahsedilemeyecektir. Öte yandan, davacının hizmet süresi konusunda da taraflar arasında ihtilaf bulunmaktadır.

O hâlde uyuşmazlık konusu alacağın belirlenebilmesi; çalışma süresinin belirlenmesi, hesap raporu alınması, işverende bulunan bilgi ve belgelerin verilmesi ile tahkikatı gerektirdiğinden, mahkemece davanın belirsiz alacak davası olarak görülmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Hâl böyle olunca mahkemenin direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, Özel Dairece bozma nedenine göre davanın esasına yönelik diğer temyiz itirazları incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

**S O N U Ç:** Direnme uygun bulunduğundan davalı vekilinin işin esasına ilişkin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 22. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 18.12.2018 gününde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.