

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI

HİZMET TESPİTİ DAVALARI

Yüksek Lisans Tezi

Erdal ARAP

Ankara 2013

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI

HİZMET TESPİTİ DAVALARI

Yüksek Lisans Tezi

Erdal ARAP

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Süleyman BAŞTERZİ

Ankara 2013

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU)
ANABİLİM DALI

HİZMET TESPİTİ DAVALARI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Süleyman BAŞTERZİ

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

1)

.....

2)

.....

3)

.....

Tez Sınavı Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../2013)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

.....

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	IX

§ 1. — GİRİŞ	1
I. Konu	1
II. Plan ve Yöntem	2

BİRİNCİ BÖLÜM TARİHSEL SÜREÇ

§ 2. — 506 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR KANUNUNDAN ÖNCEKİ DÖNEM	3
I. Genel Olarak	3
II. 4772 Sayılı İş Kazalarıyla Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Kanunu	4
III. 5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanunu	5
IV. 5502 sayılı Hastalık ve Analık Sigortası Kanunu	6
V. 6900 sayılı Maluliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Kanunu	7
§ 3. — 506 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR KANUNU DÖNEMİ	8
§ 4. — 5510 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUN DÖNEMİ	9

İKİNCİ BÖLÜM HİZMET TESPİTİNİN ŞARTLARI

§ 5. — SİGORTALI OLMA ŞARTI	12
I. Genel Olarak	12
II. Sigortalılığın Zorunlu Oluşu	12
III. Sigortalı Sayılanlar	14
1. İş Sözleşmesine Dayanarak Çalışanlar	14
A. Genel Olarak	14
B. İş Sözleşmesinin Tanımı ve Özellikleri	14
C. İş Sözleşmesinin Unsurları	15
a. İş Görme	15

b. Ücret.....	16
c. Bağımlılık	17
2. 5510 Sayılı Kanunun 4. Maddesinin II. Fıkrasında Sayılanlar	22
a. İşçi Sendikaları ve Konfederasyonları ile Sendika Şubelerinin Başkanlıkları ve Yönetim Kurullarına Seçilenler	22
b. Bir veya Birden Fazla İşveren Tarafından Çalıştırılan; Film, Tiyatro, Sahne, Gösteri, Ses ve Saz Sanatçıları ile Müzik, Resim, Heykel, Dekoratif ve benzeri Diğer Uğraşları İçine Alan Bütün Güzel Sanat Kollarında Çalışanlar ile Düşünürler ve Yazarlar	22
c. Mütakabiliyet Esasına Dayalı Olarak Uluslararası Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Yapılmış Ülke Uyuğunda Olanlar Hariç Olmak Üzere, Yabancı Uyruklu Kişilerden Hizmet Akdi ile Çalışanlar	23
d. Koruma Bekçileri	24
e. Genelev Kadınları.....	24
f. Usta Öğreticiler, Ders Ücreti Karşılığında Çalışanlar ile Geçici Personel.....	25
3. 5510 Sayılı Kanuna Göre Sigortalı Sayılmayanlar	25
a. İşverenin İşyerinde Ücretsiz Çalışan Eşi	25
b. Konut İçinde Yapılan İşlerde Çalışanlar	26
c. Ev Hizmetlerinde Çalışanlar.....	27
d. Askerlik Hizmetlerini Er ve Erbaş Olarak Yapmakta Olanlar İle Yedek Subay Okulu Öğrencileri	28
e. Kendi Ülkelerinde Sigortalı Olan Yabancılar	30
f. Yapım ve Üretim İşlerinde Çalışan Öğrenciler	31
g. Sağlık Hizmeti Sunucuları Tarafından İşe Alıştırılmakta Olanlar veya Rehabilite Edilen Hasta Veya Malûller	32
h. 4. Maddenin Birinci Fıkrasının (b) ve (c) Bentleri Gereği Sigortalı Sayılması Gerekenlerden 18 Yaşını Doldurmamış Olanlar	32
i. Tarım veya Orman İşlerinde İş Sözleşmesi İle Süreksiz İşlerde Çalışanlar İle Tarımda Bağımsız Çalışanlardan Geliri Düşük Olanlar.....	33
j. Bağımsız Çalışanlardan Geliri Düşük Olanlar	35
k. Kamu İdarelerinin Dış Temsilciliklerinde Çalışanlar.....	36
IV. Tarım Kesiminde Bağımsız Çalışanların Durumu	36
V. İsteğe Bağlı Sigortalıların Durumu	39
§ 6. — KURUMA BİLDİRİLMEMİŞ VEYA KURUMCA TESPİT EDİLEMEMİŞ OLMA ŞARTI	41

I. Genel Olarak	41
II. İşverenin Bildirim Yükümlülüğü	43
A. Bildirimin Süresi	43
B. Bildirimin Şekli: Sigortalı İşe Giriş Bildirgesinin Verilmesi.....	45
III. Sigortalının Kendisini Bildirme Yükümlülüğü	46
IV. Tarımda Bağımsız Çalışanların Bildirim Yükümlülüğü	47
V. Sigortalıların Kamu İdareleri ve Bankalarca Bildirilmesi	47
VI. Sigortalı İşe Giriş Bildirgesinin Re'sen Düzenlenmesi	48
VII. Sigortalılığın Kuruma Bildirilmemesinin Yaptırımı: İdari Para Cezası.....	48
VIII. İşverenin Prim ve Hizmet Belgesi Verme Yükümlülüğü	49
A. Genel Olarak	49
B. İşverence Verilmesi Gereken Belgeler.....	50
1. Aylık Prim ve Hizmet Belgesi	50
2. Ay İçinde Otuz Günden Az Çalışan Sigortalılara İlişkin Bildirim Yükümlülüğü	51
3. Sigortalı Çalıştırmayan İşverenin Bildirim Yükümlülüğü.....	53
4. Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin Süresinde Verilmemesi.....	53
a) Süresinden Sonra Verilmesi	53
b) Kurum Tarafından Re'sen Düzenlenmesi	54
IX. Sigortalılığın Sona Erdiğinin Bildirimi	56
§ 7. — TESPİT DAVASI AÇMA ŞARTI.....	56
A. Genel Olarak	56
B. Davanın Konusu.....	57
C. Davanın Türü	57
1. Tespit Davası.....	57
2. Tespit Davasının Çeşitleri ve Hizmet Tespiti Davası	58
a. Olumlu (Müspet) Tespit Davası	58
b. Olumsuz (Menfi) Tespit Davası	59
c. Hizmet Tespiti Davasının Girdiği Tespit Davası Türü.....	59
3. Hizmet Tespiti Davası ile Birlikte Açılan İşçilik Alacaklarının Tahsili Davası	60
D. Dava Açma Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Niteliği	64
1. Genel Olarak	64
2. Dava Açma Süresi.....	64

3. Dava Açma Süresinin Başlangıcı	68
4. Dava Açma Süresinin Niteliği	73
a) Zamanaşımı Süresi Görüşü	74
b) Hak Düşümü Süresi Görüşü	75
c) Değerlendirme	76
E. Uygulamada Hak Düşürücü Süreye İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Sorunlar	77
1. Kesintili Çalışmalarda Hak Düşümü Süresi.....	77
2.İşçi Statüsünden Memur Statüsüne Geçme Halinde Hak Düşümü Süresi.....	79
3. Sigortalının Aynı Davada Birden Çok İşverene Ait İşyerlerindeki Çalışmalarının Tespitini Talep Etmiş Olması	81
F. Hak Düşümü Süresinin Söz Konusu Olmadığı Durumlar	81
1. İşverence Verilmesi Gereken Belgelerin Kuruma Verilmiş Olması	81
2. Çalışmanın Sosyal Güvenlik Kurumunun Denetim Elemanlarınca Tespit Edilmiş Olması.....	83
3. Kamu Kurumlarında Geçen Çalışmalar	84
4. Birden Fazla İşe Giriş Bildirgesinin Verilmesi veya Kesintili Prim Ödenmiş Olması Durumlarında Hak Düşümü Süresi	89
5. İşçilik Alacaklarına İlişkin Davada Verilen Hükümün Hak Düşürücü Süreye Etkisi	89
6. Kurum Hasım Gösterilmeden Açılan Hizmet Tespiti Davasının Hak Düşümü Süresine Etkisi	90
7. İş Sözleşmesinin Askıya Alınması Halinde Hak Düşümü Süresi	90

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGILAMA USULÜ

§ 8. — GÖREV VE YETKİ.....	93
I. Görevli Mahkeme	94
II. Yetkili Mahkeme.....	96
§ 9. — BASİT YARGILAMA USÛLÜ	102
§ 10. — DAVANIN TARAFLARI.....	104
I. Taraf ve Dava Ehliyeti	104
II. Davacı Taraf.....	105

A. Sigortalı	105
B. Hak Sahipleri	106
C. İşçi Sendikası	107
III. Davalı Taraf	107
A. Genel olarak	107
B. İşveren	108
1. Genel Olarak	108
2. İşveren Vekili	110
3. Asıl İşveren–Alt İşveren İlişkisi	111
4. İşyeri Devri, İntikali, Birleşmesi	114
5. Geçici İş İlişkisi Kurulan İşveren	117
6. Apartman Yöneticisi ve Yönetim Kurulu	118
7. Adi Ortaklık	119
C. T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu	120
IV. Dava Arkadaşlığı (Sübjektif Dava Birleşmesi)	123
A. Genel Olarak	123
B. Mecburi Dava Arkadaşlığı	123
C. İhtiyari Dava Arkadaşlığı	125
D. İşverenler Arasındaki Dava Arkadaşlığı	126
E. İşveren ile Sosyal Güvenlik Kurumu Arasındaki Dava Arkadaşlığı	128
§ 11. — DAVA ŞARTLARI	130
I. Genel Dava Şartları	130
A. Genel Olarak	130
B. Mahkemeye İlişkin Dava Şartları	131
C. Taraflara İlişkin Dava Şartları	132
D. Dava Konusu Şeye İlişkin Dava Şartları	135
II. Özel Dava Şartları	137
A. Hukuki İlişki Şartı	137
B. Hukuki Yarar Şartı	137
§ 12. — İSPAT	139
I. Genel Olarak	139
II. İspat ve Delil Kavramları	139
III. İspatın Konusu	140

IV. İspat Hakkı	141
V. İspat Yüğü	141
1. Genel Olarak	141
2. İspat Yüğüün Zamanı	142
3. Genel Kural (TMK m. 6)	143
4. İspatın Gerekli Olmadığı Haller	145
a. İkrar	145
b.Çekişmesiz Vakıalar, Herkesçe Bilinen Vakıalar ve Karineler	147
VI. Kanıtlama Yöntemi: Eşdeğer Delillerle Kanıtlama İlkesi	148
VII. İspatlanması Gereken Olgular	150
1. Sigortalılık Niteliği ve Fiili Çalışma	150
2. İşyerinin Kanun Kapsamında Olup Olmadığı	152
3. Kesintisiz Çalışma Olgusu	153
4. Bir Günlük Çalışmanın Tespiti Davaları	157
5. Ücret Miktarı	161
VIII. Davanın Kamu Düzenine İlişkin Olması ve Re'sen Araştırma İlkesi	164
IX. İspat Araçları	172
A. Kesin İspat Araçları	172
1. Senet ve Belge	172
2. Yemin	175
3. Kesin Hüküm	176
B. Takdiri İspat Araçları	177
1. Tanık	178
a. Genel Olarak	178
b. Birlikte Çalışan Kişiler, Komşu İşyerleri Sahipleri ve Çalışanları	180
c. Yakın Hısımlar Arasındaki Davalar	183
2. Bilirkişi İncelemesi	184
3. Uzman görüşü	187
4. Keşif	188
5. İşçilik Haklarına İlişkin Davada Verilen Hüküm	189
§ 13. — DAVANIN SONA ERMESİ	191
I. Genel olarak	191

II. Taleple Bağlılık İlkesi	191
III. Davanın Kabulü, Reddi ve Kısmen Kabulü.....	182
IV. Hüküm Verilmeksizin Davanın Sona Ermesi	193
A. Hüküm Yerine Geçen Taraf İşlemleri.....	193
1. Davadan Feragat.....	193
2. Davayı Kabul.....	199
3. Sulh.....	202
4. Hizmet tespiti davası ile işçilik alacaklarına ilişkin davanın birlikte açılmış olması durumunda davaya son veren taraf işlemlerinin davaya etkisi	206
B. Davanın Konusuz Kalması	207
C. Dosyanın İşlemden Kaldırılması.....	210
1. Davanın Duruşmaya Gelmeyen Tarafın Yokluğunda Görülmesi.....	210
2. İki tarafın da duruşmaya gelmemesi nedeniyle dosyanın işlemden kaldırılması ve yenilenmesi.....	213
3. İki tarafın da duruşmaya gelmesi ve davayı takip etmeyeceklerini bildirmeleri.....	215
D. Davanın açılmamış sayılması.....	216
1. Dava dosyasının işlemden kaldırılması nedeniyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi.....	216
2. Görevsizlik ve yetkisizlik nedeniyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi	217
3. Vekâletnamenin verilmemesi nedeniyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi	219
4. Dava dilekçesinde kanuni noksanlık bulunması nedeniyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi	220
5. Davanın açılmamış sayılmasının sonuçları	221
§ 14. — KANUN YOLLARI.....	222
I. Genel olarak.....	222
II. İstinaf Kanun Yolu	224
A. Genel Olarak	224
B. Ön inceleme	228
C. Asıl İnceleme	228
D. İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilecek Kararlar.....	230
III. Temyiz Kanun Yolu.....	231

IV. Kanun Yararına Temyiz.....	234
V. Yargılamanın İadesi.....	235

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HİZMET TESPİTİNİN SONUÇLARI

§ 15. — HİZMET TESPİTİNİN SİGORTALI, İŞVEREN VE SOSYAL GÜVENLİK KURUMU YÖNÜNDEN SONUÇLARI.....	240
I. HİZMET TESPİTİNİN SİGORTALI YÖNÜNDEN SONUÇLARI ..	240
A. Genel olarak	240
B. Sigortalılık Süresi Bakımından	240
C. Aylık Prime Esas Kazançlar Bakımından	241
D. Prim Ödeme Gün Sayısı Bakımından	241
II. HİZMET TESPİTİNİN İŞVEREN YÖNÜNDEN SONUÇLARI	242
A. Genel Olarak.....	242
B. Primlerin Ödenmesi.....	242
C. İşyerinin Re'sen Tescili.....	243
D. İdari Para Cezası Tahakkuku.....	243
III. HİZMET TESPİTİNİN SOSYAL GÜVENLİK KURUMU YÖNÜNDEN SONUÇLARI.....	243
§ 16. — PRİMLER	244
I. Genel olarak	244
II. Primlerin Sosyal Güvenlik Kurumu Tarafından Tahsili	246
III. Primlerin Tahsil Edilmemiş veya Edilememiş Olması	247
IV. Prim Alacaklarında Zamanaşımı	247
§ 17. — SONUÇ	251
KAYNAKÇA.....	254
ÖZET	270
SUMMARY	271

KISALTMALAR

AK	: Avukatlık Kanunu
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ÇTD	: Çalışma ve Toplum Dergisi
dn.	: Dipnot
ESSİY	: Eski Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İK	: İcra ve İflas Kanunu
İM	: İş Mahkemeleri Kanunu
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
KKY	: Konut Kapıcıları Yönetmeliği
LİHSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	: Madde
Mük.	: Mükerrer
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
SSGSSK	: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
SSİY	: Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TİSGLK	: Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Y9HD	: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi
Y10HD	: Yargıtay 10. Hukuk Dairesi
Y21HD	: Yargıtay 21. Hukuk Dairesi

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
vd. : ve devamı
Y : Yıl
Yay. : Yayınları

§ 1. — GİRİŞ

I. Konu

Kayıt dışı çalışma sorununun aşlamadığı ülkemizde sigortalı hizmetlerin tespiti davaları uygulamada sıkça karşımıza çıkmaktadır. Olumlu tespit davası niteliği taşıyan bu davalara ilişkin yargılama usulünün şekillenmesinde esas itibarıyla Yargıtayın kararları etkili olmuştur.

Kişi, kural olarak çalışmaya başlamakla sigortalı olur. Ancak Kurumun Kanundan kaynaklanan sigorta edimlerini sigortalıya sunması için çalışma ilişkisinden haberdar olması gerekir. Bunun yanında sigortalının bazı sigorta kollarından sağlanan yardım ve haklardan faydalanabilmesi için adına belirli bir süre prim ödenmesi gerekir. Bu nedenle Kanun koyucu işverene, çalıştırdığı sigortalıları Kuruma bildirme ve aylık prim ve hizmet belgesi verme yükümlülüğü getirmiştir.

Hizmetlerin yargı kararıyla tespitinden söz edebilmemiz için, kişinin hizmetlerinin tespitini talep ettiği dönemde sigortalı olması, işverence Kuruma aylık prim ve hizmet belgesi hiç verilmemiş veya eksik verilmiş olması, çalıştığı Kurumca tespit edilememiş olması ve tespit davası açmış olması gerekir. Kişinin çalıştığı günler ve prime esas kazancı Kuruma eksiksiz bildirilmiş ise hizmet tespiti davası açmakta kural olarak hukuki yararı yoktur.

Hizmet tespiti davalarının, temelini Anayasada bulan feragat edilemez sosyal güvenlik hakkının sağlanmasındaki önemi yadsınamaz. Bu nedenle hizmet tespiti davaları kamu düzenine ilişkindir. Hizmet tespiti davasına bakan hâkim, taraflarca sunulan delillerle bağlı olmayıp gerçek durumun hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek ölçüde ortaya çıkması için her türlü araştırmayı yapmakla yükümlüdür.

Hizmet tespiti davasının kabulü durumunda, Kurum tarafından işverene prim tahakkuk ettirilecektir. Bu bakımdan hizmet tespiti davaları Kurumun mal varlığını da yakından ilgilendirmektedir.

II. Plan ve Yöntem

Tez, dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde sigortalı hizmetlerin yargı kararıyla tespiti davalarının tarihsel gelişimi üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde hizmet tespitinin şartlarına yer verilmiş, üçüncü bölümde hizmet tespiti davalarının yargılama usulü incelenmiştir. Dördüncü bölümde ise, hizmet tespitinin sonuçlarına değinilmiştir.

Çalışmada karşılaştırmalı hukuka yer verilmemiş, Türk hukukundaki düzenlemeler yargı kararları ile birlikte incelenip değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHSEL SÜREÇ

§ 2. — 506 SAYILI SOSYAL SİĞORTALAR KANUNUNDAN ÖNCEKİ DÖNEM

I. Genel Olarak

Hukukumuzda sosyal güvenliğe ilişkin ilk düzenleme Cumhuriyetin ilanından öncesine dayanır. Büyük Millet Meclisi Hükümeti döneminde çıkartılan 10.09.1921 tarih ve 151 sayılı Ereğli Havza-i Fahmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna Müteallik Kanun esas itibariyle iş hukukuna ilişkin hükümler içermekle birlikte sosyal güvenlik hukukuna ilişkin hükümler de taşımakta idi. Adı geçen Kanun, işverene, iş kazası halinde tazminat ve ücretsiz tedavi yükümlülükleri getirmiş, işçiler için yardım sandıkları kurulması öngörülmüştür. Bu Kanuna göre kurulan sandıklar 1923 yılında Amele Birliği adı altında birleştirilmiştir.¹

3008 sayılı İş Kanunu ile ilk defa işçiler için belirli sosyal sigorta ilkeleri kabul edilmiştir. Anılan Kanunun 100. maddesinde İşçi Sigorta İdaresi kurulması öngörülmüştür. Ayrıca 107. maddesinde önce iş kazası, meslek hastalığı ve analık sigortalarının, ardından kademeli olarak diğer sigorta kollarının kurulacağı hükme bağlanmıştır. Ne var ki II. Dünya Savaşının başlaması tamamlayıcı mevzuatın çıkmasını engellemiştir.²

Sigortalı hizmetlerin yargı kararıyla tespitinden söz edilebilmesi için zorunlu sigortalılığın öngörülmüş olması ve işverene çalıştırdığı kişileri Kuruma bildirme

¹ Şakar, Sosyal Güvenlik, 33.

² Şakar, Sosyal Güvenlik, 33.

yükümlülüğünün getirilmiş olması gerekir. Hukukumuzda ilk zorunlu sigortalılık, 4772 sayılı Kanunla getirilmiştir.

506 sayılı Kanundan önceki dönemde Bölge Çalışma Müdürlüğünce 3008 sayılı İş Kanununun kapsamına alınan işyeri, tescil edilip hakkında bir dosya açıldıktan sonra, bu durum işverene ve Kuruma bildiriliyor, işçiler de bu bildirimin yapıldığı tarihten itibaren sigortalı sayılıyorlardı. Bu nedenle 506 sayılı Kanundan öncesine ilişkin hizmet tespit talepleri bakımından işyerinin İş Kanununun kapsamına alınıp alınmadığı, alınmış ise hangi tarihte alındığı ve hangi tarihte tebliğ edildiğinin belirlenmesi önem taşır.

II.4772 Sayılı İş Kazalarıyla Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Kanunu

07.07.1945 tarihinde kabul edilen ve 01.07.1946 tarihinde yürürlüğe giren 4772 sayılı İş Kazalarıyla Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Kanunuyla³ mesleki risk sigortası uygulamaya konulmuştur. Anılan Kanunda, 3008 sayılı İş Kanununun kapsamına giren işyerlerinde çalışanlardan, bu Kanuna göre sigortalı sayılanların iş kazası, meslek hastalığı ve analık hallerinde belirli bir miktarda yardım ve ödeneklerden faydalandırılmalarına ilişkin hükümlere yer verilmiştir.⁴

4772 sayılı Kanunla işveren, sigorta kollarının gerektirdiği yardım ve ödenekler ile her türlü idare giderlerini karşılamak üzere İşçi Sigortaları İdaresine prim ödemekle yükümlü tutulmuştur. Bu Kanunla işveren çalıştıracığı kişileri, işe başlamalarını takip eden on gün içinde İşçi Sigortaları İdaresine ve İş Kanununu

³ **RG**, 07.07.1945/6051.

⁴ **Bozer**, 41 vd.

yürütmekle görevli makama bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Kanunda ayrıca prim belgelerini verme yükümlülüğü de düzenlenmiştir.

İş kazası ve meslek hastalığı sigortasında belirli bir süre sigortalı olma ve belirli bir süre prim ödeme şartı aranmadığından tespit davası açma olanağı da Kanunda düzenlenmemiştir. Kaldı ki kısa vadeli sigorta kolları için hizmet tespiti davası açılabilme imkânının olup olmadığı da tartışmalıdır.⁵ Analık yardım ve ödeneklerinden yararlanabilmek için ise belirli bir süre sigortalı olma şartı arandığından, Kanunda bu yönde hizmet tespitine ilişkin bir hükme yer verilmemiş olması eksiklik olarak nitelendirilmiştir.⁶

III. 5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanunu

5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanunu⁷ uzun vadeli sigorta kollarını düzenleyen ilk Kanun olma özelliğine sahiptir. Kanunun 1. maddesinde, 3008 sayılı İş Kanununun uygulandığı işyerlerinde çalışanlardan yine İş Kanununa göre sigortalı sayılanların ihtiyarlıkları halinde bağlanacak aylıklar ve yapılacak diğer ödemeler hakkında 5417 sayılı Kanunun uygulanacağı öngörülmüştür.⁸

5417 sayılı Kanun uyarınca, işveren veya işveren vekili işyerinde çalıştırdığı sigortalılara ödenen ücretleri gösteren aylık bordroları, en geç ertesi ayın sonuna kadar İşçi Sigortaları Kurumuna vermekle yükümlüdür (m. 26).

⁵ **Sözer**, Sigorta İlişkisi, 77; **Duman**, 5; **Öztürk**, Tespit, 33.

⁶ **Duman**, 5.

⁷ **RG**, 08.06.1949/7227.

⁸ **Bozer**, 58 vd.

5417 sayılı Kanunun ilk düzenlemesinde, sigortalı hizmetlerin yargı kararıyla tespitine ilişkin bir hükme yer verilmemiş, Kanunda 1954 yılında 6381 sayılı Kanunla⁹ yapılan değişiklik sonucunda sigortalı hizmetlerin yargı kararıyla tespiti imkânı getirilmiştir. Kanunda, işverenleri tarafından bordro verilmeyen sigortalıların çalıştıklarını mahkeme kararı ile ispat etmeleri durumunda, bunların mahkeme kararında belirtilen kazanç toplamaları ile çalışma gün sayılarının nazara alınacağı düzenlenmiştir. Kanunda dava açma süresinde bir sınırlandırmaya ise gidilmemiştir. Kişi ancak sigortalı hizmetlerinin tespitini isteyebileceğine göre 5417 sayılı Kanun döneminde ilgili makamların işverene, işyerinin İş Kanunu kapsamına girdiğine ilişkin tebligatın yapıldığı tarihten sonraki döneme rastlayan çalışmalarının tespitini talep edebilmekteydi.

IV. 5502 sayılı Hastalık ve Analık Sigortası Kanunu

5502 sayılı Hastalık ve Analık Sigortası Kanununda¹⁰ iş kazaları, meslek hastalıkları ve analık sigortaları hakkındaki 4772 sayılı Kanunun kapsamı dışında kalan hastalık halleri ile sigortalı kadının ve sigortalı erkeğin sigortalı olmayan karısının analığı halinde yapılacak yardım ve ödeneklere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.¹¹

5502 sayılı Kanunda, 4772 sayılı Kanundan farklı olarak, işverenleri tarafından bordro verilmeyen sigortalıların, çalıştıklarını mahkeme kararı ile ispat etmeleri halinde, bunların mahkeme kararında belirtilen kazanç toplamaları ile

⁹ **RG**, 22.03.1954/8664.

¹⁰ **RG**, 10.01.1950/7402.

¹¹ **Duman**, 7.

Çalışma gün sayılarının nazara alınacağı hükmüne yer verilmişti (m. 25/3). Bu Kanunda da tıpkı 5417 sayılı Kanundaki gibi, hizmet tespiti davası açılması bir süreye bağlanmamıştı.¹²

V. 6900 sayılı Maluliyet, İhtiyarlık ve lm Sigortaları Kanunu

6900 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte 5417 sayılı Kanun yürürlükten kalkmıştır. 6900 sayılı Maluliyet, İhtiyarlık ve lm Sigortaları Kanununun 38. maddesinde, işveren veya işveren vekiline, çalıştırdıkları sigortalılara ait bir takvim ayı zarfında ödenen ücretleri gösterir ve rneği İşçi Sigortaları Kurumunca hazırlanacak olan aylık bordroları, en geç ertesı ayın sonuna kadar İşçi Sigortaları Kurumuna verme yükümlülüğü getirilmiştir. Kanun ayrıca ilgili ay içinde işyerinde hiçbir sigortalı alıştırılmadığının müteakip ay sonuna kadar yazıyla Kuruma bildirilmesi zorunluluğunu ngrmştir.¹³ Kanunda ayrıca sigortalılara Kanun kapsamındaki geçmiş hizmetlerini yargısal yolla tespit ettirtme imkânı da verilmiştir.

506 sayılı Kanundan nceki dönemde hizmet tespiti davalarının açılması herhangi bir süreye bağlanmamıştı. Ancak 506 sayılı Kanunun tümüyle yürürlüğe girdiği 01.03.1965 tarihinden önceki çalışmaların tespitine yönelik davalar Yargıtay tarafından 10 yıllık hak düşümü süresine tabi tutuluyordu. Nitekim bir kararında Yüksek Mahkeme şu ifadelere yer vermiştir: “...506 sayılı Kanunun ... yürürlüğe girdiği 01.03.1965 tarihinden önce yürürlükte bulunan Kanunlarda bu tür davaların açılması süre ile sınırlandırılmamış olmakla beraber, önceki dnamlere ait hizmet

¹² **Duman**, 8.

¹³ Bu konuda bkz. **Bozer**, 67 vd.

tespiti davalarının ... sigortalının lehine yorumlamak suretiyle 506 sayılı yasanın yürürlük tarihinden itibaren on yıl içerisinde açılacağı ... hak düşürücü sürenin 1965 yılının sonundan itibaren başlayacağı, Dairemizin ve Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir.”¹⁴

Yargıtayın Kurumun davada taraf teşkil edeceğine ilişkin içtihadı 506 sayılı Kanun döneminde verildiğinden, bu dönemde hizmet tespiti davalarda İşçi Sigortaları Kurumuna husumet yöneltilmemekteydi.

§ 3. — 506 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR KANUNU DÖNEMİ

506 sayılı Sosyal Sigortaları Kanununun¹⁵ yürürlüğe girmesi ile birlikte o tarihe kadar çıkan Kanunlar yürürlükten kalkmıştır. 506 sayılı Kanun dağınık halde bulunan sigorta kollarına ilişkin düzenlemeleri bir araya getirmiş ve sosyal güvenlik uygulamasında yeni bir dönem başlatmıştır.¹⁶

Kanun, işverene çalıştıracağı sigortalıları Kuruma bildirme yükümlülüğü getirmiştir. Bunun yanında işverene ayrıca çalıştırdığı sigortalıların Kanun hükümlerine göre hesaplanacak prim tutarlarını da her ay Kuruma ödeme ve sigortalının çalıştığı günleri ve prime esas kazançlarını gösteren prim belgelerini Kurma verme yükümlülüğü öngörülmüştür (SSK m. 79, 80). İşverence verilmesi gereken belgeler ise Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde sayılmıştır (ESSİY m. 16, 17, 20). Yönetmelikte tespit edilen prim belgeleri işveren tarafından verilmeyen

¹⁴ **Y10HD**, 03.05.1988, E. 1988/2656, K. 1988/3014. Aynı yönde: **Y10HD**, 16.02.1988, E. 1988/419, K. 1988/633, **Şakar**, 1988 Kararları, 215.

¹⁵ **RG**, 29-31.07.1964 ve 01.08.1964, 11766-11769.

¹⁶ **Duman**, 10.

ve çalıştıkları da Kurum tarafından tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamaları ile prim ödeme gün sayılarının Kurumca dikkate alınacağı düzenlenmiştir (SSK m.79).

506 sayılı Kanun hizmet tespiti davası açma süresini on yıl olarak düzenlemiş, daha sonra bu süre, 01.06.1994 tarih ve 3995 sayılı Kanun ile 5 yıla indirilmiştir.

506 sayılı Kanun zaman içinde birçok değişiklik geçirmiştir. Bunlardan biri 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu¹⁷ ile getirilen düzenlemelerdir. 4447 sayılı Kanunun 2. maddesi gereğince, inşaat işkolu haricindeki işyerlerinde işverenin daha önce otuz gün olan işçiye bildirme süresi değiştirilmiş ve işçinin işe başlamadan önce Kuruma bildirilmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Ayrıca anılan Kanunun 16. maddesiyle sigortalıya da kendisini Kuruma bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

§ 4. — 5510 SAYILI SOSYAL SİĞORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİĞORTASI KANUN DÖNEMİ

Sosyal güvenlik sisteminin en önemli sorunlarından birisi finansman sorunudur. 506 sayılı Kanun döneminde sosyal güvenlik kurumlarının açıkları hızla artmış ve zorunlu olarak genel bütçeden yapılan katkılarla bu açıklar kapatılmaya çalışılmıştır.¹⁸ Bu durum Kanun koyucuyu köklü yasal değişiklikler yapmaya itmiştir.

¹⁷ RG, 08.09.1999/23810.

¹⁸ Güzel/Okur/Caniklioglu, 93.

Sosyal güvenlik sistemimizde köklü değişiklikler getiren ve tek çatı modeli olarak adlandırılan reform ile tüm sosyal güvenlik kuruluşları ortadan kaldırılmış ve tek bir sosyal güvenlik kurumuna bağlanmıştır. Kurumsal yapıda tek çatı esasını öngören 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu¹⁹ 16.05.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile Sosyal Sigortalar Kurumu, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı'nın tüzel kişilikleri sona erdirilmiş ve tümünün malvarlığı Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilmiştir.²⁰

Primli rejim kapsamında sosyal güvenlik hakları açısından ise tek Kanun olarak 31.05.2006 tarihinde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu²¹ kabul edilmiştir. Kanunun 108. maddesinde yer alan hükümle yürürlük tarihi önce 01.01.2007 olarak belirlenmiş; ancak Kanunun bu tarihte yürürlüğe girmesi mümkün olmamıştır. Kanunun birçok maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş,²² birçoğunun da yürürlüğü durdurulmuştur. Bunun üzerine Kanunun yürürlük tarihi 5505 sayılı Kanun ile 01.07.2007, ardından da 5655 sayılı Kanun ile 01.01.2008 olarak değiştirilmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararları doğrultusunda yeni yasa değişikliği tasarıları üzerindeki çalışmaların sonuçlanmaması üzerine Kanunun yürürlük tarihi 2008 yılı Bütçe Kanunu²³ ile 01.06.2008 tarihine ertelenmiştir. Ardından yapılan Kanun değişikliği ile bazı hükümler açısından farklı yürürlük tarihleri belirlenmiş, diğer hükümlerin ise 2008

¹⁹ **RG**, 20.05.2006/26173.

²⁰ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 93.

²¹ **RG**, 16.06.2006/26200.

²² **AYM**, E. 2006/111, K. 2006/112, **RG**, 30.12.2006/26392, 5. Mük.

²³ **RG**, 28.12.2007/26740 Mük.

yılıının Ekim ayında yürürlüğe gireceği düzenlenmiş ve nihayet Kanun bu tarihte yürürlüğe girmiştir.²⁴

5510 sayılı Kanunun 86. maddesinin 9. fıkrasında düzenlenen sigortalı hizmetlerin yargı kararıyla tespiti konusu esas itibariyle 506 sayılı Kanundaki düzenleme ile paraleldir. 506 sayılı Kanunda hizmet tespiti davası açılabilmesi için yönetmelikte sayılan belgelerin verilmemiş olması aranmış iken 5510 sayılı Kanunda aylık prim ve hizmet belgesinin verilmemesi halinde hizmet tespiti davası açılabileceği belirtilmiştir. Bunun yanında 506 sayılı Kanundan farklı olarak 5510 sayılı Kanunda açıkça hizmet tespiti davasında görevli mahkemenin iş mahkemesi olacağı düzenlenmiştir.

²⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 96.

İKİNCİ BÖLÜM

HİZMET TESPİTİNİN ŞARTLARI

§ 5. — SİGORTALI OLMA ŞARTI

I. Genel Olarak

5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin I. fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için sigortalılık çalışmaya, mesleki eğitime veya zorunlu staja başladıkları tarihten itibaren başlar (SSGSSK m. 7/I, a).

5510 sayılı Kanun, 506 sayılı Kanunda olduğu gibi hizmet tespiti davası açma imkânını adına işverence aylık prim ve hizmet belgesi verilmeyen ya da eksik verilen ve çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılara tanımıştır. Sigortalı kavramı 5510 sayılı Kanunun 3. maddesinin (6) numaralı bendinde tanımlanmıştır. Kimlerin sigortalı sayılacağı ise, 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinde sayılmıştır. Aşağıda öncelikle sigortalılığın zorunlu oluşuna yer verilecek, ardından da kimlerin sigortalı sayıldığı ayrıntılı olarak incelenecektir.

II. Sigortalılığın Zorunlu Oluşu

Sosyal sigortaları özel sigortalardan ayıran en önemli fark, sosyal sigortaların zorunlu olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, sigortalı olup olmama konusunda kişinin iradesi rol oynamaz, belli şartların varlığı halinde kişi sigortalı sayılır.²⁵ 5510 sayılı Kanunun 92. maddesinde, “*Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortalısı kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Bu Kanunda yer alan sigorta*

²⁵ Saymen/Ekonomi, 55; Sözer, Sosyal Sigortalar, 11.

hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir” hükmüne yer verilerek zorunluluk ilkesi açıkça düzenlenmiştir. Yargıtay da kamu düzenine ilişkin hizmet tespiti davalarında sigortalılığın zorunlu, kişiye bağlı ve devredilemez nitelikte bir hak olduğuna vurgu yapmaktadır.²⁶

5510 sayılı Kanunun 7. maddesinde sigortalılığın çalışmaya başlama veya belirli bir statüye geçmekle kendiliğinden başlayacağı düzenlenmiştir. Buna göre sigortalı olmak için olumlu ya da olumsuz herhangi bir irade açıklamasına, hâkim kararına veya Kurum işlemine ihtiyaç bulunmamaktadır.²⁷ Kanunun 4., 5. ve 7. maddelerindeki şartları yerine getiren kişiler kendiliğinden sigortalı sayılırlar.²⁸

Kişi, sigortalılık hak ve yükümlülüklerinden vazgeçemez ve bunlar devredemez (SSGSSK m.92). Yargıtay bir kararında, noterde düzenlenmiş ve işçinin sigortalı olarak çalışmadığını içeren bir feragatname ve ibranameyi geçersiz saymıştır.²⁹

²⁶ **Y10HD**, 06.12.2005, E. 2005/8927, K. 2005/12755. Aynı yönde: **Y21HD**, 21.11.2005, E. 2005/7599, K. 2005/11793 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

²⁷ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 173; **Duman**, 27; **Saymen/Ekonomi**, 55; **Uşan**, 124.

²⁸ **Tunçomağ**, 165.

²⁹ **Y10HD**, 01.02.1985, E.1985/223, K. 1985/418, **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 174, dn. 250.

III. Sigortalı Sayılanlar

1. İş Sözleşmesine Dayanarak Çalışanlar

A. Genel Olarak

Kanun koyucu iş sözleşmesiyle bir veya birden çok işveren tarafından çalıştırılan kişileri sigortalı saymıştır (m. 4/I, a). İşçinin çalışmasının fikri veya bedeni bir çalışma olması sigortalılık yönünden bir fark yaratmaz.³⁰ Kanunun, kişinin sigortalı sayılması için aradığı tek şart iş sözleşmesiyle çalışmasıdır. Bu bakımdan işverenin özel hukuk ya da kamu hukuku kişisi olmasının bir önemi yoktur.³¹ Kanun açıkça iş sözleşmesinden söz ettiğinden diğer iş görme sözleşmelerine dayanarak iş gören kimseler kural olarak bu kapsamda sigortalı sayılmazlar.³²

B. İş Sözleşmesinin Tanımı ve Özellikleri

4857 sayılı İş Kanununun kabulünde önce iş sözleşmesinin tanımına yer veren tek pozitif düzenleme Borçlar Kanununda yer almaktaydı.³³ Borçlar Kanununun 313. maddesinin 1. fıkrasında iş sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: *“Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder.”* Borçlar Kanununda yer alan bu tanım işçi ile işveren ilişkilerinin esnek yapısına cevap verebilecek nitelikte değildi. 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanununa göre iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer

³⁰ Saymen/Ekonomi, 52.

³¹ Çenberci, 30.

³² Tunçomağ, 99.

³³ Mollamahmutoğlu, 252.

tarafın (*işveren*) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere iş sözleşmesinin iş görme, ücret ve bağımlılık olmak üzere üç tane unsuru bulunmaktadır.

İş sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 393. vd. maddelerinde “Genel Hizmet Sözleşmesi” başlığı altında düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununda hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Görüldüğü üzere, Türk Borçlar Kanunu da İş Kanunundaki tanıma paralel olarak iş sözleşmesinin unsurlarını iş görme, ücret ve bağımlılık olarak düzenlemiştir.

İş sözleşmesi her iki tarafa da borç yükleyen (sinallagmatik) sürekli borç ilişkisi yaratan bir sözleşmedir.³⁴ İş sözleşmesinde işçi ile işveren arasında bir güven ilişkisi kurulur. Bu güven ilişkisi çerçevesinde işçi, iş görme borcu dışında sadakat ve itaat, işveren ise ücret ödeme borcu dışında işçiyi gözetme ve eşit işlem yapma yükümlülüğü altına girer.

C. İş Sözleşmesinin Unsurları

a. İş Görme

İş sözleşmesinin ilk unsuru iş görmedir. İş sözleşmesinde iş görme edimi işçi tarafından yerine getirilir. Burada sözünü ettiğimiz iş kavramı, gerçek bir kişinin ekonomik bakımdan iş olarak değerlendirilebilen her türlü çalışmasıdır.³⁵ Taraflarca

³⁴ Esener, 127; Süzek, 245; Ekonomi, İş Hukuku, 78; Saymen, 398.

³⁵ Esener, 127; Süzek, 236; Çelik, 78; Mollamahmutoğlu, 255; Aktay/Arıcı/Kaplan-Seneyen, 47.

aksi kararlaştırılmadıkça ve halin icabından da anlaşılmadıkça işçi, bizzat ifa yükümlülüğü altındadır (TBK m. 395). Bizzat ifa yükümlülüğü önemini özellikle vasıflı işçiler bakımından gösterir.³⁶

b. Ücret

İş sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan ücret, iş görme edimini yerine getirmesi karşılığında işveren ya da üçüncü kişilerce işçiye para olarak ödenen tutardır (İK m.32/1). Bu anlamda ücret unsurunun bulunmaması durumunda bir iş akdinin de varlığından söz edilemez. Örneğin, hatır amaçlı ya da ahlaki bir yükümlülüğü yerine getirmek amacıyla yapılan işlerde ücret unsuru bulunmadığından bir iş akdinin de varlığından söz edilemez.³⁷ Ancak çalışmanın ücretsiz oluşu ile ücretli olup da ücretin belli edilmemiş olmasını birbirinden ayırmak gerekir. Borçlar Kanununun 323. maddesine ücretin sözleşme ile belli edilmemiş olması durumunda adet olan ücretin ödeneceği hükme bağlanmıştır.³⁸

Sigortalılık niteliğinin kazanılmasında ücretin ödenme biçiminin önemi yoktur.³⁹

³⁶ **Ekonomi**, İş Hukuku, 113; **Saymen**, 477; İş görme ediminin devri hakkında bkz. **Süzek**, 346.

³⁷ **Süzek**, 236.

³⁸ “Salt ücretin belli edilmemiş olması nedeniyle bir iş sözleşmesinden söz edilemeyeceği söylenemez. Böyle durumlarda ücret, asgari ücretten az olmamak üzere rayiç esas üzerinden tespit edilir.” **YİBK**, 18.11.1964, E. 1964/2, E. 1964/4, **RG**, 27.11.1964/11867, **Süzek**, 236.

³⁹ **Y10HD**, 07.03.1974, E. 1974/1676, K. 1974/2706, **Çakmak**, 22.

c. Bağımlılık

İş Kanununun 8. maddesinde, iş sözleşmesinde işçinin bağımlı olarak iş görmeyi üstlenmesinden söz edilmiştir. Buna göre bağımlılık unsuru iş akdinin zorunlu unsurudur ve iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırıcı niteliktedir. Diğer bir ifadeyle, bu unsur, iş sözleşmesine özgüdür ve onu diğer iş görme sözleşmelerinden ayırır.⁴⁰ Yargıtay bir kararında “...iki ortak kendi işini kendisi yapan kimse durumundadır. Yani iki ortağın birbirine bağımlı olarak çalıştıklarından söz edilemez. "Bağımlılık" olgusu gerçekleşmeyince de ücret ödenmiş olsa bile, hizmet akdinin unsurları oluşmamış bulunmaktadır. Davacı ile şirket arasındaki çalışma ilişkisi vekalet aktine dayanmakta olup alınan ücret vakalet ücreti niteliğindedir” ifadelerine yer vererek bağımlılık unsurunun iş akdinin zorunlu unsurlarından olduğunu belirtmiştir.⁴¹

Uygulamada karşımıza çıkan hizmet tespiti davalarının çoğunda iş gören kişinin işçi olup olmadığı uyuşmazlık konularından birini oluşturmaktadır. İş gören kişinin bağımsız çalışan olması durumunda kural olarak hizmet tespiti davası açma hakkından söz edilemez. İş gören kişinin niteliğinin çekişmeli olduğu durumlarda hizmet tespiti davasının davacısı öncelikle iş sahibine bağımlı olarak diğer bir ifadeyle iş sözleşmesi ile çalıştığını ispat etmesi zorunludur. Davacının iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadığı belirlenirken bağımlılık ilişkisinin bulunup bulunmadığına bakılması gerekir. Bağımlılık ilişkisinin belirleyicisi olduğu ileri sürülen ekonomik

⁴⁰ Esener, 127.

⁴¹ **Y10HD**,14.09.1987, E. 1987/4115, K. 1987/4239 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

bağımlılık, teknik bağımlılık ve kişisel-hukuki bağımlılık olmak üzere klasikleşmiş üç temel boyutu vardır.⁴²

İşçinin temel geçim kaynağının iş görme edimi karşılığında elde ettiği ücret olduğu varsayımından ortaya çıkan ekonomik bağımlılık görüşü, mutlak anlamda belirleyici bir ölçüt değildir. Öğretide haklı olarak işverenin emrinde çalışan işçilerin başka gelirlerinin bulunması ve işverene ekonomik yönden bağımlı olmamasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Bunun yanında diğer iş görme sözleşmelerinde de ekonomik bağımlılıktan söz edilmesi olanaklıdır. Bu nedenle iş gören kişinin iş sahibine ekonomik yönden bağımlı olması bir iş sözleşmesinin var olduğunu göstermez. Ancak bu ölçüt işverenin iş organizasyonu içinde onun yararına iş görme ölçütünü destekleyecek ikincil bir ölçüt olarak dikkate alınabilir.⁴³

Bağımlılık ilişkisinin diğer bir görünümü teknik bağımlılıktır. İş gören kimseler, işlerini görebilmeleri için, işin hangi yöntemle, nerede, hangi sürede ve hangi araçlarla yapılacağı konusunda iş sahibi tarafından verilecek talimatlara ihtiyaç duyabilirler. Bu durum iş gören ile iş sahibi arasında teknik bir bağımlılık meydana getirir. Şunu belirtmek gerekir ki iş ilişkisinde teknik bağımlılığa her zaman rastlanılmayabilir. Zira herhangi bir donanımına ihtiyaç duyulmaksızın görülebilecek işler olabileceği gibi, işçini kendisine ait araç ve gereçleri kullanması da her zaman iş görenin işverene bağımlı olmadığını göstermez.⁴⁴ Bunun yanında diğer iş görme sözleşmeleri ile çalışanlar bakımından da teknik bağımlılığın bulunduğu durumlar söz konusu olabilir. Bu nedenle teknik bağımlılık ölçütü tek başına bağımlılık

⁴² **Başterzi**, Bağımlılık, 179.

⁴³ **Başterzi**, Bağımlılık, 179.

⁴⁴ **Başterzi**, Kesinti, 31.

ilişkisinin bulunduğunu göstermez. Ancak diğer ölçütlere ek bir ölçüt olarak değerlendirilebilir.⁴⁵

İşçi, iş görme edimini işverenin emir ve talimatları doğrultusunda onun yönetim, denetim ve gözetimi altında yerine getirir. Bu bakımdan işçi işverenin kişisel bağımlılığı altındadır. Özel hukuk sözleşmeleri tarafların özgür iradeleri ile meydana getirdiği sözleşmelerdir. İş sözleşmesindeki bağımlılık unsuru özel hukuk sözleşmelerinde bulunması gereken eşitliği bozar.⁴⁶ Eşitliğin bozulması sonucunda işçi ile işveren arasında bir hiyerarşi meydana gelir.⁴⁷ Bu yönden işçi işverenin hukuki bağımlılığı altına girer. O halde, iş sözleşmesinden doğan bağımlılık hem kişisel hem de hukuki bir bağımlılıktır.⁴⁸

Dünyadaki ekonomik ve teknolojik gelişmeler iş hukukunun esnekleştirilmesi taleplerine yol açmıştır. Bu durum iş sözleşmesinin zorunlu unsurlarından olan bağımlılık unsurunun iş ilişkisinde zayıflamasına neden olmuştur. Bağımlılık ilişkisinin zayıfladığı bu gibi durumlarda iş akdinin varlığını saptayabilmek amacıyla çeşitli ayırıcı ölçütler geliştirilmiştir. Bunlardan ilki işverenin kontrolünde iş görme ölçütüdür. Bu ölçüt işverenin çalışanların işlerini ne şekilde yaptıklarını kontrol edip etmediği ya da buna hakkı olup olmadığı esasına dayanmaktadır. Ancak bu ölçüt bağımsız çalışan kişiyi uzman işgücünden ayırmaya yarayacak nitelikte değildir.⁴⁹ Bu nedenle 1950’li yılların başından beri işverenin kontrolünde çalışma

⁴⁵ **Başterzi**, Bağımlılık, 181.

⁴⁶ **Süzek**, 238.

⁴⁷ **Saymen**, 395.

⁴⁸ **Süzek**, 238; **Başterzi**, Bağımlılık, 181.

⁴⁹ **Başterzi**, Bağımlılık, 182.

ölçütü yerini işverenin iş organizasyonu içinde çalışma ölçütüne bırakmıştır. Buna göre, çalışma koşullarını iş sahibi belirliyor, iş gören kişi iş görme edimini iş sahibinin emir ve talimatları doğrultusunda, onun belirlediği şartlarda sunuyorsa, iş sahibi ile iş gören kişi arasında kişisel bağımlılık ilişkisi bulunduğu sonucuna varılabilir.⁵⁰ Ancak bağımlılık ilişkisinin varlığından söz edilebilmesi için iş sahibinin düzenlediği çalışma koşullarına uygun olarak ve onun öngördüğü amaç doğrultusunda yürütülmesi, iş sahibinin denetim ve disiplin yaptırımı uygulama yetkisine sahip olması gerekir.⁵¹ İş gören, iş sahibine belirli sürelerde iş görmeyi taahhüt etmiş olmasına rağmen iş sahibini daha çok iş görme ediminin sonucu ilgilendiriyorsa ve çalışan kişi çalışma süresine ilişkin olarak iş sahibinden etkin bir talimat almıyorsa bağımlılık ilişkisinin bulunmadığı sonucuna varılabilir. Ancak esnek çalışma biçimleri ile vekâlet sözleşmesinin ayırt edilmesinde olduğu gibi bazı durumlarda zaman unsuru bağımlılık ilişkisinin bulunup bulunmadığını tek başına göstermeye yetmeyebilir.⁵² Bu gibi durumlarda iş gören kişinin bağımlı çalışan olup olmadığı incelenirken kimin yararına çalıştığı ve risk üstlenip üstlenmediğine de bakmak gerekir. İş gören, kendi hesabına çalışıyor ve risk üstleniyorsa bağımsız çalışan olduğu sonucuna varılması gerekir. Buna mukabil, iş gören, bir işverenin iş organizasyonu içinde onun yararına hizmet ediyorsa ve gördüğü iş ile ilgili ortaya çıkabilecek riskleri üstlenmiyorsa iş gören ile iş sahibi arasında bağımlılık ilişkisinin bulunduğu sonucuna varılır.⁵³ Yüksek Mahkeme de, iş sözleşmesinin varlığından söz

⁵⁰ **Süzek**, 240-242; **Başterzi**, Bağımlılık, 182.

⁵¹ **Başterzi**, Bağımlılık, 183; **Güzel**, Ölçüt arayışı, 31; **Güzel**, Bağımlılık, 111.

⁵² **Başterzi**, Bağımlılık, 184-185.

⁵³ **Başterzi**, Bağımlılık, 185.

edilebilmesi için, hukuki bağımlılığın yanında, ekonomik riskin işverende olup olmadığına da dikkat edilmesi gerektiğini karara bağlamıştır.⁵⁴ Ancak kuşkusuz yalnızca işverenin yararına çalışma ve risk üstlenme ölçütlerinin serbest girişimci diğer bir ifadeyle bağımsız çalışan ile bağımlı çalışan kişiyi ayırmaya yetmediği durumlar da ortaya çıkabilir. Bu durumda bağımlı çalışmayı bağımsız çalışmadan ayırabilecek bazı ek ölçütlere başvurulması gerekir. Bunlar, iş gören kişinin yaptığı işin yönetiminin ve gerçek denetiminin kime ait olduğu, iş görenin kendisine verilen görevi işini kaybetmeksizin serbestçe reddedip edemeyeceği ve yeni görevlere hazır bir şekilde bekleyip beklemediği, iş gören kişinin başka iş sahiplerine de hizmet edip etmediği, münhasıran aynı iş sahibi için çalışıp çalışmadığı, işin görülmesinde ücret ödenerek istihdam edilen yardımcı elemanların kullanılıp kullanılmadığı, işin aynı işyerinde işçi olarak çalışanlar tarafından da görülüyor olması, iş gören kişinin kullandığı iş araç ve gereçlerinin maliki olması, ücretin ödeme biçimi, iş sahibi ile iş gören kişinin aralarındaki ilişkiyi nitelendirme biçimi olarak sıralanabilir.⁵⁵ Son olarak değinilmesi gereken husus Yargıtay'ın da isabetle üzerinde durduğu⁵⁶ tarafların sosyo-ekonomik durumudur. İş görenin bağımlı ya da bağımsız çalışan olup olmadığı yukarıda yer verdiğimiz ölçütler göz önüne alınıp değerlendirildikten

⁵⁴ **Y9HD**, 09.02.1999, E. 1998/18888, K. 1999/1810, **Sur**, 1999 Kararları, 12; **Başterzi**, Bağımlılık, 186.

⁵⁵ Ek ölçütler konusunda bkz. **Başterzi**, Bağımlılık, 187 vd.

⁵⁶ **YHGK**, 16.04.2003, 2003/9-308, K. 2003/303, **Ekmekçi**, 2003 Kararları, 12-13; **Başterzi**, Bağımlılık, 195.

sonra iş görenin iş sahibi karşısındaki sosyal ve ekonomik durumu da dikkate alınarak sosyolojik yoruma tabi tutulmalıdır.⁵⁷

2. 5510 Sayılı Kanunun 4. Maddesinin II. Fıkrasında Sayılanlar

a. İşçi Sendikaları ve Konfederasyonları ile Sendika Şubelerinin Başkanlıkları ve Yönetim Kurullarına Seçilenler

İşçi sendikası başkan ve yöneticileri 506 sayılı Kanun döneminde isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlandırılarak sosyal güvenceye kavuşturulmuştu. Ancak 5510 sayılı Kanun bu kişilere ilişkin açık düzenleme getirmiştir. Bilindiği üzere profesyonel sendika yönetim kurulu üyeleri ile sendika arasındaki ilişki vekâlet akdine dayanır. Ancak yasa koyucu söz konusu kişilerin de m.4/I (a) kapsamında zorunlu sigortalı sayılacaklarını kabul etmiştir (m. 4/II, a).

b. Bir veya Birden Fazla İşveren Tarafından Çalıştırılan; Film, Tiyatro, Sahne, Gösteri, Ses ve Saz Sanatçıları ile Müzik, Resim, Heykel, Dekoratif ve benzeri Diğer Uğraşları İçine Alan Bütün Güzel Sanat Kollarında Çalışanlar ile Düşünürler ve Yazarlar

Bu bentte sayılan kişiler 11.07.1978 tarihinde 506 sayılı Kanuna 2167 s. Kanun ile eklenen ek madde 10 ile kanun kapsamına alınmışlardı. Bu kişiler bakımından 5510 sayılı Kanunda aynı şekilde zorunlu sigortalılık esasının geçerli olacağı düzenlenmiştir. Şunu da ifade etmek gerekir ki bu grupta sayılan kişiler esas itibariyle hizmet akdi ile çalışan kimselerdir. Bu bakımdan zaten m.4/I, (a)

⁵⁷ **Başterzi**, Bağımlılık, 194-195; **Süzek**, 239.

kapsamında sigortalıdırlar. Diğer grup ise yasa gereği m.4/I, (a) kapsamında zorunlu sigortalı sayılmıştır (m. 4/II, b).

**c. Mütakabiliyet Esasına Dayalı Olarak Uluslararası Sosyal
Güvenlik Sözleşmesi Yapılmış Ülke Uyruğunda Olanlar Hariç Olmak
Üzere, Yabancı Uyruklu Kişilerden Hizmet Akdi ile Çalışanlar**

Yabancı kişiler 2003 yılından önce yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolları bakımından zorunlu sigortalı sayılıyorlardı. Uzun vadeli sigorta kolları bakımından ise istekleri halinde sigorta kapsamına alınıyorlardı. Ancak bu düzenlemenin 1962 tarih be 118 sayılı ILO sözleşmesine aykırı olduğu haklı olarak ileri sürülmüş ve 4958 sayılı Kanun ile söz konusu ayırım kaldırılmıştır. Yapılan yeni düzenleme ile işsizlik sigortası hariç olmak üzere yabancı uyruklular tüm sigorta kolları bakımından kapsama alınmışlardır.⁵⁸

5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin II. fıkrasına göre, “*Birinci fıkranın (a) bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümler; ... c) Mütakabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere, yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar, ... hakkında da uygulanır.*” Madde metni incelendiğinde, mütakabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanların kapsam dışı tutulduğu anlamı çıkmaktadır. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, haklı olarak yasa koyucunun amacının bu olmadığı, mütakabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi kapsamında olan, özellikle de ikili sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan bir ülke uyruğundaki yabancılar için öncelikle ikili

⁵⁸ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 123.

sosyal güvenlik sözleşmesinin uygulanacağı, bu sözleşmede konuya ilişkin bir hüküm bulunmaması ya da Türk sosyal güvenlik mevzuatına atıf yapılması durumunda 5510 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedir.⁵⁹

Mülteciler ve vatansızlar da yabancı uyruklular gibi zorunlu sigortalı sayılırlar.⁶⁰

d. Koruma Bekçileri

02.07.1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanuna göre çalıştırılan Koruma bekçileri ihtiyar meclislerince seçildikten sonra atamaları vali ve kaymakamlarca yapılarak göreve başlarlar. Görüldüğü üzere koruma bekçileri aslında idari işlem ile göreve gelmektedirler. Kanun koyucu koruma bekçilerinin hizmet sözleşmesi ile çalışmamalarına rağmen m.4/I, (a) kapsamında sigortalı sayılacağını düzenlemiştir (m. 4/II, d).

e. Genelev Kadınları

506 sayılı Kanun döneminde sosyal sigorta kapsamına alınan 24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda belirtilen umumi kadınların da sigortalı sayılacağı esası kabul edilmişti. Bu düzenlemeye 5510 sayılı Kanunda da yer verilmiş ve bu kişilerin m.4/I, (a) kapsamında sigortalı sayılacağı belirtilmiştir (m. 4/II, e).

⁵⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 123.

⁶⁰ Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme m.24/1, b hükmü gereğince mültecilerin durumu Türk vatandaşlarından farksızdır.

f. Usta Öğreticiler, Ders Ücreti Karşılığında Çalışanlar ile Geçici Personel

Milli Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda usta öğretici olarak çalıştırılanlar, kamu idarelerinde ders ücreti karşılığı görev verilenler ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinin (C) bendi kapsamında çalıştırılanlar m. 4/I, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar (m. 4/II, f).

3. 5510 Sayılı Kanuna Göre Sigortalı Sayılmayanlar

5510 sayılı Kanunun 6. maddesinde belirtilen kişiler kısa ve uzun vadeli sigorta kolları hükümlerinin uygulanmasında sigortalı sayılmazlar. Bu bakımdan Kanun tarafından sigortalı sayılmayan bu kişilerin hizmet tespiti davası açma olanağından da söz edilemez.

5510 sayılı Kanunun 6. maddesinde belirtilen kişiler şunlardır:

a. İşverenin İşyerinde Ücretsiz Çalışan Eşi

Medeni Kanunun 185. maddesi gereğince evlilik birliği içerisinde eşler birbirine yardımcı olmak zorundadırlar. Kanun, eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacaklarını düzenlemiştir (TMK m.186). 5510 sayılı Kanunda işverenin işyerinde ücretsiz çalışan eşinin sigortalı sayılmayacağı düzenlenmiştir (m. 6/I, a). Kanun koyucuyu bu düzenlemeyi getirmeye iten düşünce eşin evlilik birliği içerisinde emeğiyle katkı sağlaması, böylece aile birliğinin yaşam düzeyini yükseltmesidir.⁶¹ Ancak eşin ücret karşılığında ve Yargıtayın da isabetle belirttiği üzere⁶² fiili olarak çalışması durumunda sigortalı sayılması gerekir.

⁶¹ Çenberci, 57.

Yargıtay, davacının eşine ve baldızına ait işyerinde 01.01.1978 – 31.01.1984 tarihleri arasında çalıştığının tespitini talep ettiği bir davada yerel mahkemenin davanın kabulü kararını “...davacının karısının işyerinde çalışmasından ötürü ücret alıp almadığı konusunda delilleri sorulmak ve yöntemince toplanarak oluşacak sonuç uyarınca karar verilmek gerekir” ifadelerine yer vererek bozmuştur.⁶³ Yüksek Mahkemenin kararı esas itibarıyla yerinde olmakla birlikte, eşin çalışması, günlük yaşam deneyimlerine göre ücret karşılığında yapılacak bir nitelik taşıyorsa taraflar arasında bir iş sözleşmesinin varlığından ve ücret ödeme yükümlülüğünden söz edilebilir. Uyuşmazlık konusu olayda, kocanın eşi ve baldızına ait işyerinde uzun sayılabilecek bir süre boyunca ücret almadan çalışması olağan değildir.⁶⁴

b. Konut İçinde Yapılan İşlerde Çalışanlar

Kanun, konut içinde yapılan işlerde çalışan kişileri belli koşulların varlığı halinde sigortalı saymamıştır. Anılan hükme göre, aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü derece dâhil bu dereceye kadar hısımlar arasında ve aralarına dışarıdan başka kimse katılmaksızın, yaşadıkları konut içinde yapılan işlerde çalışanlar sigortalı sayılmazlar. Bu kimselerin sigortalı sayılmaması için maddede belirtilen şartların tamamının bir arada bulunması gerekir (m. 6/I, b). Bu şartlardan birinin yokluğu,

⁶² **Y21HD**, 05.06.2002, E. 2002/4887, K. 2002/5396, **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 137; Aynı yönde: **Y21HD**, 29.01.1996, E. 1996/310, K. 1996/325, **Korkusuz/Uğur**, 181, dn. 105.

⁶³ **Y10HD**, 13.10.1983, E. 1983/4317, K. 1983/4946, **Çenberci**, 58.

⁶⁴ **Çenberci**, 58; **Güzel**, 1985 Kararları, 188-199.

kişinin sigortalı sayılması için yeterlidir.⁶⁵ Buna göre, konut içinde yapılan işlerde çalışanlar, hısımlık şartını sağlamalarına rağmen aynı konutta birlikte yaşamıyorlarsa, ya da tersine aynı konutta yaşamalarına rağmen hısımlık şartını sağlamıyorlarsa sigortalı sayılmalarına herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Yasa koyucu konut içerisinde yapılan işlerde çalışanların sigortalı sayılmayacağını düzenlemiş ancak bu işlerin niteliğine yer vermemiştir. Öğretide bir görüşe göre, konut içerisinde yapılan işler deyiminin İş Kanununun 4/d maddesinde düzenlenen el sanatları olarak değerlendirilmesi gerekir.⁶⁶ Diğer bir görüşe göre ise, yasa koyucunun konut içerisinde yapılan işler deyimine yer vermiştir. Bu ifadenin hiçbir sınırlandırma içermediği dikkate alındığında konut içerisinde yapılan el sanatları dışındaki işlerde çalışanlar yasada sayılmış olan diğer koşulları sağlasalar da sigortalı sayılmamaları gerekir.⁶⁷ Kanunkoyucu, sigortalı sayılmayacak olan kişileri tek tek sayarak istisnai hüküm öngörmüştür. İstisnaların dar yorumlanması gerektiği yönündeki genel ilke gereğince, kanımca, konut içerisinde yapılan işler ifadesinin İş Kanununun 4/d maddesinde düzenlenen el sanatları olarak değerlendirilmesi uygun olur.

c. Ev Hizmetlerinde Çalışanlar

Ev hizmetlerinde çalışanlar, bir evin işlerini yürütmek maksadıyla çalışan aile bireyleri dışındaki kimselerdir. Yasa koyucu ücretle ve sürekli olarak çalışanların

⁶⁵ Çenberci, 59.

⁶⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 138; Tuncay/Ekmekçi, 269.

⁶⁷ Çenberci, 60; Korkusuz/Uğur, 182.

sigortalı sayılacağını düzenlemiş, ücret karşılığında ancak günü birlik işlerde çalışanları kapsam dışında tutmuştur (m. 6/I, c).

5510 sayılı Kanunda sürekli iş kavramına yer verilmemiştir. 4857 sayılı İş Kanununun 10. maddesine göre, nitelikleri bakımından en çok otuz işgünü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla devam edenlere sürekli iş denir. Bu tanımın 5510 sayılı Kanun bakımından da geçerli olduğunun kabulü gerekir. Buna göre, ev hizmetlerinde ücretle ve sürekli çalışan kimseler çalışmaya başladıkları tarihten itibaren sigortalı sayılacaklar, bunlar dışındaki kişiler, yani süreksiz çalışanlar ise sigortalı sayılmayacaklardır.

Sosyal korumaya ihtiyacı bulunan bu nitelikteki çalışanların sosyal güvenlik şemsiyesi dışında tutulması Devletin, Anayasanın kendisine yüklediği sosyal güvenliği sağlama ödevini yerine getirip getirmediği bakımından tartışmaya açıktır. Kanımca bu düzenleme isabetli değildir. Zira toplumsal yaşamda hizmetçi, şoför, bakıcı gibi kimselerin sosyal güvenlik haklarından yoksun bir şekilde çalışmalarına izin verilmesi kayıt dışılığı artırdığı gibi korunmaya muhtaç bu kişileri sosyal güvenlik hakkından da mahrum bırakmaktadır. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, pozitif düzenlemeyi eleştirmekte ve gündelikçi olarak adlandırılan kişiler dışında kalanların sigortalı sayılması gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir.⁶⁸

d. Askerlik Hizmetlerini Er ve Erbaş Olarak Yapmakta Olanlar ile Yedek Subay Okulu Öğrencileri

Askerlik kamu hukukundan doğan bir yükümlülüktür. Bu bakımdan askerlik hizmetini yerine getiren bireylerin bir iş sözleşmesine dayanılarak ya da diğer bir

⁶⁸ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 139, dn. 145.

sigortalılık çeşidine göre sigortalı sayılmaları mümkün değildir. Bunu göz önüne alan Kanun koyucu askerlik hizmetini yerine getiren er ve erbaşlar ile yedek subay okulu öğrencilerinin sigortalı sayılmayacaklarını düzenlemiştir (m. 6/I, d). Ancak 5510 sayılı Kanunla askerlik hizmetinde geçirilen sürelerin borçlanma yoluyla değerlendirilmesi imkânı getirilmiştir (m. 41).

Kişinin askerlik hizmetini ifa etmekte iken izin ya da hava değişimi gibi bir sebeple birliğinden ayrılmış olduğu dönemde sigortalı olarak çalışıp çalışmayacağı tartışması 506 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi 5510 sayılı Kanun döneminde de güncelliğini korumaktadır. Bir görüşe göre ise, askerlik yapmakta iken izin veya başka herhangi bir sebeple kıtasından ayrı bulunan kimsenin bir işyerine girip çalışması halinde sigortalı sayılmasına olanak yoktur.⁶⁹ Diğer bir görüşe göre, askerlik hizmetini ifa eden kişinin izne ayrıldığı dönemde bir işverene bağlı olarak hizmet akdi ile çalışması halinde sigortalı sayılması gerekir.⁷⁰ Yüksek Mahkeme belirttiğimiz görüşlerden ikincisine itibar etmektedir. Yargıtay’a göre, “... yasa, hizmet akdine göre bir veya birkaç işverenin işyerinde çalışanları sırf askerlik yükümlüsü bulundukları için sigortalı saymamak gibi bir ayrık durumu dahi kapsamamaktadır. Kaldı ki, bu yolda bir düzenlemeyi haklı kılacak bir neden yoktur.”⁷¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, askerlik döneminde kişinin sigortalı sayılamayacağını belirtilmiş ancak bunun fiilen askerlik yapılan dönemi kapsadığını, hava değişimi sırasında yasal olarak asker sayılsa da bir

⁶⁹ Saymen/Ekonomi, 60.

⁷⁰ Çenberci, 64-65.

⁷¹ Y10HD, 17.11.1983, E. 1983/4296, K. 1983/5380, Y10HD, 10.06.1983, E. 1983/2859, K. 1983/3124, Çenberci, 65-66; Tuncay/Ekmekçi, 270.

işyerinde fiilen çalıştığı takdirde sigortalı sayılacağını, sigortalılık hakkının vazgeçilemez ve devredilemez bir hak olduğu dikkate alındığında davacının dava açmakta hukuki yararının bulunduğu sonucuna varmış ve ilk derece mahkemesinin direnme kararını bozmuştur.⁷² Bunun yanında Yüksek Mahkeme, terhis mahiyetinde izinli geçen çalışmaların da sigortalı çalışma olarak dikkate alınması gerektiğini hükme bağlamıştır.⁷³

Kanımca Yargıtayın görüşü isabetlidir. Zira izinli olduğu dönemde bir işyerinde çalışan kişinin Kanunun sağladığı sigorta haklarından yararlanamayacağının kabulü aynı sigorta olaylarının tehdidi altında bulunan kişiler arasında farklı uygulama yapılması sonucunu doğuracak ve Anayasal düzeyde eşitlik ve sosyal güvenlik hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Her ne kadar askerlik yükümlülüğü vatani bir görev olsa da sosyal güvenlik hakkı da feragat edilemez de devredilemez bir insan hakkıdır.

Askerden firar eden erin sigortalı sayılma koşullarını gerçekleştirmesi durumunda da sigortalı sayılması gerekir.⁷⁴

e. Kendi Ülkelerinde Sigortalı Olan Yabancılar

Yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tâbi olduğunu belgeleyen kişiler ile Türkiye'de kendi adına ve hesabına bağımsız

⁷² **YHGK**, 27.09.2000, E. 2000/10-1166, K. 2000/1173, **Bilgili**, 82.

⁷³ **Y10HD**, 17.11.1983, E. 1983/4296, K. 1983/5380 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası); **Çenberci**, 65.

⁷⁴ **Aslanköylü**, 294.

Çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tâbi olanlar sigortalı sayılmazlar (m. 6/I, e). Mülga 506 sayılı Kanunda yabancılardan kendi ülkelerinde sigortalı olduklarını bildirmeleri yeterli idi.⁷⁵ 5510 sayılı Kanun kişinin bildirimini yeterli görmemiş ve yurt dışındaki sigortalılığın belgelendirilmesi zorunluluğunu getirmiştir.

f. Yapım ve retim İşlerinde alışan ğrenciler

Resm meslek ve sanat okulları ile yetkili resmî makamların izniyle kurulan meslek veya sanat okullarında ve yüksek okullarda fiilen normal eğitim süreleri içinde yapılan, tatbik mahiyetteki yapım ve üretim işlerinde çalışan öğrenciler sigortalı sayılmazlar (m.6/I, f). Bu gruptaki kişilerin sigortalı sayılmamasının nedeni yaptıkları işin eğitimlerinin bir parçası olmasından kaynaklanmaktadır.⁷⁶ Ancak ğrencilerin yaptığı iş dikkate alındığında iş kazası ve meslek hastalığı riskleriyle karşı karşıya kalma olasılıkları yüksektir. Bu nedenle öğretide haklı olarak bu kişilerin tamamıyla sosyal güvenlik şemsiyesinin tamamıyla dışına ıkartılmalarının yerinde olmadığı isabetli olarak ileri sürülmektedir.⁷⁷ Bunun yanında öğrenimin doğal sonucu sayılamayan ve aık öğrencinin işgücünden yararlanmayı amaçlayan üretim ve yapım işlerinin söz konusu olması durumunda, nerede yapıldığına bakılmaksızın, bunları yapan öğrencilerin sigortalı sayılmaları gerekir.⁷⁸

⁷⁵ enberci, 69.

⁷⁶ enberci, 69.

⁷⁷ Güzel/Okur/Canikliöğlu, 141-142; Tunçomağ, 114.

⁷⁸ enberci, 69; Güzel/Okur/Canikliöğlu, 142.

g. Sağlık Hizmeti Sunucuları Tarafından İşe Alıştırılmakta Olanlar veya Rehabilite Edilen Hasta Veya Malûller

Sağlık hizmet sunucuları tarafından tedavi altına alınan hasta ve malullerin çalışmaları yalnızca sağlık durumlarının iyileştirilmesine yönelik olduğundan, bunların çalışmaları herhangi bir sigortalılık ilişkisinin doğmasına neden olmaz (m.6/I, g). İşe alıştırılma bir çalışma ilişkisi doğurmaz.

Belirtmek gerekir ki hasta ve malul olmak, tek başına sigortalı sayılmayı engellemez. Kişi malul olmasına rağmen çalışmış ise Kanunun aradığı diğer koşulların da varlığı halinde sigortalı sayılması mümkündür.⁷⁹ Bunun yanında işe alıştırma süresini tamamlayanların çalıştırılmaları durumunda sigortalı sayılmaya engel olan durum ortadan kalkacağından bu kişilerin sigortalı sayılmaları gerekir.⁸⁰

h. 4. Maddenin Birinci Fıkrasının (b) ve (c) Bentleri Gereği Sigortalı Sayılması Gerekenlerden 18 Yaşını Doldurmamış Olanlar

5510 sayılı Kanun, 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri gereği sigortalı sayılması gerekenlerden 18 yaşını doldurmamış olanların sigortalı sayılmayacaklarını öngörmüştür.⁸¹ Kural bu olmakla birlikte istisnaları da

⁷⁹ Çenberci, 71.

⁸⁰ Çenberci, 71.

⁸¹ İfade etmek gerekir ki, benzer hükümler 1479 ve 5434 sayılı Kanunlarda da bulunmaktaydı. 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununun 24. maddesinde 18 yaşını doldurmamış olanların sigortalı sayılmayacakları düzenlenmişti. 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 12. maddesinde ise 18 yaşını tamamlamak sigortalı sayılmak için bir şart olarak öngörülmüştü.

bulunmaktadır. Şöyle ki, bir meslek ve sanat okulunu bitirenlerden, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre mahkemece ergin kılınmak suretiyle öğrenimleriyle ilgili görevlerde çalışanlar hakkında 18 yaşını bitirmiş olma şartı aranmaz (m. 6/2).

Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, söz konusu yaş sınırlaması yalnızca 4/I, (b) ve (c) bentleri gereğince sigortalı sayılan kişiler bakımından geçerlidir. Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan kişiler çalışmaya başladıkları tarihten itibaren sigortalı sayılacaklardır. **Güzel/Okur/Caniklioglu**'na göre, bu yaklaşım 4857 sayılı İş Kanununun çalıştırılma yaşına ilişkin hükümleri ile de uyumludur. Zira İş Kanununun 71. maddesinde çalıştırılma yaşı kural olarak onbeş olup bazı koşulların varlığı halinde on dört yaşını tamamlayanların da işçi olarak çalışmalarına olanak tanınmıştır. Bu nedenle 5510 sayılı Kanunun m.4/I, (a) bendi gereğince sigortalı sayılan kişiler bakımından böyle bir sınırlama getirilmemesi isabetlidir.⁸²

i. Tarım veya Orman İşlerinde İş Sözleşmesi İle Süreksiz İşlerde Çalışanlar ile Tarımda Bağımsız Çalışanlardan Geliri Düşük Olanlar

Kamu idareleri hariç olmak üzere, tarım işlerinde veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz işlerde çalışanlar ile tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, tarımsal faaliyette bulunan ve yıllık tarımsal faaliyet gelirlerinden, bu faaliyete ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın aylık ortalamasının, bu Kanunda tanımlanan prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler sigortalı sayılmazlar (m. 6/I, 1).

⁸² **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 143.

Görüldüğü gibi maddede iki farklı grup düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz işlerde çalışanlardır. Süreksiz iş kavramına 5510 sayılı Kanunda yer verilmediğinden bu kavramdan İş Kanununun 10. maddesi gereğince niteliği bakımından en çok 30 iş günü süren işler anlaşılmalıdır. Bunun yanında Kanun tarım ve orman işlerinden söz etmiş ancak bu ifadede ne anlaşılması gerektiğini düzenlememiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 1977 tarihli genelgesine⁸³ göre, “*orman ve tarım işleri deyimi arazide, deniz, göl ve nehirlerde ekim, dikim, bakım ve yetiştirme yolu ile bitki, orman, hayvan, balık ve bunların mahsullerinin istihsalini ifade eder.*” Yüksek Mahkeme de tarım işinin belirgin özelliğinin toprağa dayalı üretme, bakım ve yetiştirme olduğunu karara bağlamıştır.⁸⁴ Bunun yanında, üretme ve yetiştirme sürecinin tamamlanmasından sonra yapılan işler tarım işi sayılmadığından bu maddede düzenlenen istisna kapsamında değerlendirilemez. Tarım sanatlarına ait işler de tarım işi olarak kabul edilemez. Bu nedenle tarım sanatlarına dâhil olan işlerde çalışanlar 5510 sayılı Kanunun kapsamına girerler.⁸⁵

Maddede düzenlenen ikinci grup ise, tarımda bağımsız çalışanlardan geliri düşük olanlardır. Kanun, tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, tarımsal faaliyette bulunan ve yıllık tarımsal faaliyet gelirlerinden, bu faaliyete ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın aylık ortalamasının, Kanunda tanımlanan prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyen kişileri sigortalı saymamıştır. Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasının 19. bendine göre, tarımsal

⁸³ RG, 28.10.1977/16098.

⁸⁴ YHGK, 11.10.1972, E.1972/9-783, K.1972/827, Güzel/Okur/Caniklioglu, 144.

⁸⁵ Güzel/Okur/Caniklioglu, 145.

faaliyet, kendi mülkünde, ortaklık veya kiralamak suretiyle başkalarının mülkünde veya kamuya mahsus mahallerde, ekim, dikim, bakım, üretme, yetiştirme ve ıslah yoluyla yahut doğrudan doğruya tabiattan istifade etmek suretiyle bitki, orman, hayvan ve su ürünleri elde edilmesini ve/veya bu ürünlerin yetiştiricileri tarafından muhafazasını, taşınmasını veya pazarlanmasını ifade eder.

Öğretide bu gruptaki kişilerin kapsam dışında tutulması eleştirilmektedir. **Tuncay/Ekmekçi**'ye göre, sağlıklı bir inceleme sistemi kurulmadığı takdirde, zaten sigortadan kaçış eğiliminde bulunan bu sektörde önemli oranda işçinin sigortanın kapsamı dışında kalacağı açıktır.⁸⁶

j. Bağımsız Çalışanlardan Geliri Düşük Olanlar

Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan gelir vergisinden muaf olup esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlardan, aylık faaliyet gelirlerinden bu faaliyetine ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarı, prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler sigortalı sayılmazlar (m.6/I, k). Doktrinde haklı olarak ileri sürüldüğü üzere, bu hüküm ile ülkemizde adeta sigortalı sayılmamanın yolu açılmış bulunmaktadır.⁸⁷ Eğer sağlıklı bir inceleme sistemi oluşturulmazsa zaten sigortadan kaçış eğiliminde olan bağımsız çalışanların önemli oranda sosyal güvenlik şemsiyesi dışında kalacağı açıktır.⁸⁸

⁸⁶ **Tuncay/Ekmekçi**, 267; *Aynı görüş için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu*, 147.

⁸⁷ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 148.

⁸⁸ **Tuncay/Ekmekçi**, 268.

k. Kamu İdarelerinin Dış Temsilciliklerinde Çalışanlar

Kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen ve temsilciliğin bulunduğu ülkede sürekli ikamet izni veya bu devletin vatandaşlığını da haiz bulunan Türk uyruklu sözleşmeli personel iki halde sigortalı sayılmamıştır. Bunlardan ilki söz konusu personelden, bulunduğu ülkenin sosyal güvenlik kurumunda sigortalı olduğunu belgeleyenlerdir. İkincisi ise, kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen sözleşmeli personelden uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri çerçevesinde ve temsilciliğin bulunduğu ülkenin ilgili mevzuatının zorunlu kılması nedeniyle, işverenleri tarafından bulunulan ülkede sosyal sigortaya bildirilenlerdir (m.6/I, 1). Kanunkoyucu, bu düzenleme ile kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde çalışanları sosyal güvenlikten yoksun bırakmama amacını taşımıştır. Kişi, bulunduğu ülkenin sosyal güvenlik mevzuatı gereğince sigortalıysa 5510 sayılı Kanun gereğince sigortalı sayılmayacaktır. Bunun yanında kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen sözleşmeli personeller de uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi ya da bulunduğu ülkenin mevzuatı gereğince sosyal sigortaya bildirilmiş ise 5510 sayılı Kanuna göre sigortalı sayılmayacaktır.

IV. Tarım Kesiminde Bağımsız Çalışanların Durumu

İş sözleşmesi ile bağlı olmaksızın kendi adına tarımsal faaliyette bulunan kişiler 5510 sayılı Kanun ile zorunlu sigorta kapsamına alınmışlardır. 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce bu kişilerin sosyal güvenliği 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ile sağlanmaktaydı. Ancak 2926 sayılı Kanun 5510 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

5510 sayılı Kanunla kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından hizmet akdine bağılı olmaksızın kendi adına ve hesabına tarımsal faaliyette bulunanlar sigortalı sayılmışlardır (m. 4/I, b, 4). Ancak yukarıda açıkladığımız üzere tarımsal faaliyet yürüten ve yürüttüğü faaliyetten elde ettiği gelirlerden, bu faaliyete ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın aylık ortalamasının, Kanunda belirtilen prime esas günlük kazancın alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler sigortalı sayılmazlar (m. 6/I, 1).

Uygulamada tarım kesiminde bağımsız çalışanların açtıkları hizmet tespiti davalarına sıkça rastlanmaktadır. Bu davalarda davacı tarafından tarımsal faaliyette bulunulduğu, gerekli belgeleri Sosyal Güvenlik Kurumuna verildiği ve hatta bazı durumlarda primlerin de ödediği ancak her nasılsa ödenen primlerin Kurum kayıtlarına geçirilmediği iddia edilmektedir.⁸⁹ Kanun Sosyal Güvenlik Kurumunu sigorta kapsamındaki faaliyetleri denetleme yetkisiyle donatmıştır. Bu nedenle anılan durumlarda Kurumun tarımsal faaliyeti tespit ve re'sen tescil etmemiş olması Kurumun kusuru olarak algılanmalı ve husumet Kuruma yöneltilmelidir.

Ayrıca uygulamada Sosyal Güvenlik Kurumunun teftiş yetkili elemanları tarafından tarımda bağımsız çalıştığı tespit edilen kişilerin re'sen tescil edildiği ve bu kişilere prim tahakkuk ettirildiği görülmektedir. Bu gibi durumlarda yapılan tespitin hatalı olduğunu düşünen ilgilinin Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine menfi tespit davası açarak tarımsal faaliyette bulunmadığını yahut tarımsal faaliyette bulunmasına rağmen Kanun gereği (m. 6/I, 1) sigortalı sayılamayacağını iddia ve ispat etme olanağı vardır.

⁸⁹ **Y10HD**, 15.07.2008, E. 2008/9762, K. 2008/10407. Aynı yönde: **Y10HD**, 02.03.2010, E. 2008/17483, K. 2010/2893 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

Bu kişilerin açacakları hizmet tespiti davalarında aşağıda açıklayacağımız esaslar uygulama alanı bulacaktır.⁹⁰ Söz konusu davalar da kamu düzenine ilişkindir ve hâkim re'sen araştırma ilkesi gereğince taraflarca sunulan delillerle yetinmeyip derinlemesine araştırma yapmakla yükümlüdür. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında bu konuya ilişkin olarak şu hususlara işaret etmiştir: “...*ilgili meslek kuruluşları, tarım satış kooperatifleri ve birlikleri, tarım kredi kooperatifleri ve birlikleri, tarım kesimine yönelik faaliyette bulunan milli bankalardan, davacıya yönelik kayıtlar getirtilip, davacının hangi ürünleri, ne zamandan beri, nerede ve ne kadar ürettiği, nerelerde sattığı davacıdan sorulup, bu satışlardan prim tevkifatının yapılıp yapılmadığı ilgili kuruluşlardan araştırılarak, davacının tapulu taşınmazının tarımsal faaliyete elverişli miktarda olmadığı da nazara alınarak, tarımsal faaliyeti kiralama yoluyla temin edilen taşınmazlarda gerçekleştirip gerçekleştirmediği ayrıntılı olarak araştırılarak, var ise kira sözleşmeleri temin edilerek, ayrıca var ise traktörüne yönelik trafik kayıtları getirtilerek tüm deliller toplandıktan sonra, somut verilere dayalı olarak, varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yetersiz araştırma ve inceleme sonucu, yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.*”⁹¹

⁹⁰ **Y10HD**, 18.09.2008, E. 2007/11893, K. 2008/11036 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

⁹¹ **YHGK**, 18.05.2011, E. 2011/10-230, K. 2011/319 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

V. İsteğe Bağlı Sigortalıların Durumu

İsteğe bağlı sigorta ‘sigortalılığın zorunlu oluşu’ ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır.⁹² İsteğe bağlı sigorta, kişinin zorunlu sigortalılık hallerinden birine dâhil olmaması durumunda uzun vadeli sigorta kolları bakımından sosyal güvenlik şemsiyesi altına girmesine olanak sağlayan bir yoldur (SSGSSK m. 50). Kavramdan da anlaşılacağı üzere isteğe bağlı sigorta tamamen kişinin iradesine, isteğine bağlıdır. Kişi, Kanunun 50. maddesinde sayılan isteğe bağlı sigortalı olma şartlarını taşıması halinde isteğe bağlı sigortalı olma veya isteğe bağlı sigortalı iken bu sigortalılığını sona erdirmeye hakkına sahiptir.

Kanun koyucu isteğe bağlı sigortalılık konusunda tam anlamıyla bir serbestîye yer vermiştir. Bu nedenle isteğe bağlı sigortalı olan kişilerin bu sigortalılıklarıyla ilgili olarak hizmet tespiti davası açma olanağından söz etmek mümkün değildir.⁹³

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olan kişinin salt isteğe bağlı sigortalı olabilmek için bir özel sektör işyerinde iki gün gibi kısa bir süre çalışmasının muvazaalı olarak kanunun amacına aykırı hareket ettiği sonucunu doğuracağını belirtmiş ve yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme anılan kararda şu ifadelere yer vermiştir: “*Yerel mahkeme ile Özel daire arasındaki uyumsuzluk; davacının iki günlük Sosyal Sigortalar Kurumu kapsamında*

⁹² **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 207; **Sözer**, Sigorta İlişkisi, 40; **Tuncay/Ekmekçi**, 285; **Çenberci**, 581; **Saymen/Ekonomi**, 66-67; İsteğe bağlı sigortalılık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bostancı**, 51 vd.; **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 12; İsteğe bağlı sigortalılık konusunda Yargıtay kararları için bkz. **Balcı**.

⁹³ **Duman**, 29.

zorunlu ve bunu takiben isteğe bağı sigortalılığın geçerli olup olmadığına ilişkindir. ... 506 sayılı yasa yönünden; isteğe bağı sigortalı olabilmek için öncelikle; yasanın öngördüğü, sigortalılığın gerçekleşmesi gerekir. Yasanın öngördüğü sigortalılıktan amaç ise; biçimsel olarak ortaya çıkan salt, kurum değıştirme amacına yönelik yasaya karşı hile yoluyla göstermelik bir sigortalık değıl gerçek anlamda hizmet akdine göre oluşmuş bir sigortalılıktır. Bu tür bir sigortalılığın olup olmadığı ise hizmet akdinin koşulları ve eylemli çalışmanın varlığının açıkça ortaya konması durumunda mümkündür. Kişinin, çalışma hayatının bir bölümünde hizmet akdine göre çalıştığı ve yaşamını bu yolla idame ettirmek istediğı, eylemli biçimde ortaya çıktığında; kişi 506 sayılı yasa kapsamında sigortalı kabul edilir. Hizmet akdine dayalı çalışanlar dışında, başka Güvenlik Kurumu kapsamındaki kişilerin, yapay yöntemlerle 506 sayılı sisteme dahil edilmesi bu sistemi zaafa uğratar ve Sosyal Güvenlik ve sisteminin amacının gerçekleşmesini de engelleyici olur. ... Kuşkusuz; bir sistemden, diğetine geçmek mümkündür. Ancak bu geçişin muvazaa veya yapay bir geçiş dahası yasaya karşı hileyi amaçlayan bir olguya dayanması gerekir. MK'nin 2. maddesinde ifadesini bulan evrensel nitelikte dürüstlük kuralları bu tür bir eyleme engel olduğu gibi Anayasal Sosyal Güvenlik Sistemimizi, oluşturan Sosyal Sigorta Yasaları da kabul ettikleri temel ilke ve esaslarıyla buna müsait değıldir. Açıklananların ışığında somut olaya bakıldığında, yıllarca Bağı-Kur statüsünde sigortalı olan davacının, iki günlük, en önemlisi nitelik ve kapsamı ortaya konmayan kuşku ve hayat deneyimlerine uygun düşmeyen olgulara dayanmak suretiyle bu defa Sosyal Sigortalar Kurumu'nda isteğe bağı sigortalı olmak istemesi yerinde görülmemiştir. O nedenle Yerel Mahkemenin Direnme Kararı bozulmalıdır.”⁹⁴

⁹⁴ **YHGK**, 29.11.2000, E. 2000/21-1705, K. 2000/1750 (Neohukuk İçtihat Bilgi

Karara ekli karşı oy yazısında ise, müfettiş tarafından tutulan tutanaklarda davacının Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak geçen iki günlük çalışmasının fiili ve gerçek bir çalışma olduğunun tespit edildiği, dinlenen tanıkların vermiş oldukları ifadelerin de bunu doğruladığı, müfettiş tutanağının aksi de ispat edilemediğine göre artık sigortalının bu hareketinin muvazaaya dayandığı ve kanunu dolanma amacı taşıdığına söylenemeyeceği belirtilmiştir.⁹⁵ Bu tespitler doğru ise Hukuk Genel Kurulunun görüşüne katılmak mümkün değildir.

Yargıtay isabetli olarak zorunlu sigortalılık ile isteğe bağlı sigortalılığın çakışması durumunda zorunlu sigortalılığa üstünlük tanınacağından, bu hizmetlerin tespiti için isteğe bağlı sigortalının diğer şartları da taşıması halinde hizmet tespiti davası açabileceğini karara bağlamıştır.⁹⁶

§ 6. — KURUMA BİLDİRİLMEMİŞ VEYA KURUMCA TESPİT EDİLEMEMİŞ OLMA ŞARTI

I. Genel Olarak

Kanunun 4. maddesinin I. fıkrasının (a) bendi kapsamında yer alan kişiler bakımından sigorta hak ve yükümlülükleri çalışmaya, mesleki eğitime veya zorunlu staja başladıkları tarihten itibaren başlar. Ancak kişinin sigorta haklarından faydalanabilmesi ve yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmesi zorunluluğu vardır. Bunun için Kanun işverenlere,

Bankası); **Tuncay**, 2000 Kararları, 189-191.

⁹⁵ **Tuncay**, 2000 Kararları, 189-191.

⁹⁶ **Y21HD**, 18.05.1998, E. 1998/2506, K. 1998/3553, **Y21HD**, 22.06.1998, E. 1998/4362, K. 1998/4683, **Duman**, 29, dn.60.

sigortalının kendisine ve aşağıda yer verilecek diğer bazı kişilere sigortalıları Kuruma bildirme yükümlülüğü getirmiştir.

İşverenlerin bildirim yükümlülüğünü hiç yerine getirmemesi ya da eksik yerine getirmesi ülkemize hiç de yabancı olmayan bir kavram olan kayıt dışı istihdam olgusunu yaratmaktadır.⁹⁷ İşverenler, çalıştırdıkları işçileri Kuruma bildirmeyip bir yandan Kanunların kendilerine yüklediği prim, vergi gibi mali yükümlülüklerden kaçmakta diğer yandan da iş piyasasında haksız rekabete neden olmaktadır. Bunun yanında Sosyal Güvenlik Kurumu da kayıt dışı istihdam nedeniyle prim kaybına uğramakta ve Anayasa ve Kanunlarla kendisine verilen sosyal güvenlik hizmetlerini daha verimli düzeyde yerine getirememektedir.⁹⁸

Kayıt dışı çalışma olgusu bazı durumlarda işçi ile işverenin karşılıklı olarak anlaşması ya da doğrudan işçinin talebiyle de gerçekleşebilmektedir. İşçi, Kuruma ödenecek olan primlerin net ücretine eklenmesini talep edebilmektedir. Ancak uygulamada çoğu zaman işçiler durumun farkında olmalarına rağmen işten atılma korkusu ile şikâyet ya da kendilerini Kuruma bildirme yoluna gidememektedir. Bu nedenle işten ayrıldıklarında işverene dava açarak haklarını elde etmeyi tercih etmektedirler.⁹⁹

⁹⁷ **Süzek**, Bireysel, 7.

⁹⁸ **Duman**, 34.

⁹⁹ **Duman**, 35.

II. İşverenin Bildirim Yükümlülüğü

A. Bildirimin Süresi

Mülga 506 sayılı Kanunun 9. maddesinde 4447 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce, işverenler çalıştırdıkları sigortalıları en geç bir ay içerisinde Kuruma bildirmek zorunda idiler.¹⁰⁰ Ancak bu düzenleme işyerinde uzun zamandır çalıştıkları halde, teftişlerde bir aylık bildirim süresinin henüz dolmadığı belirtilerek sigortasız işçi çalıştırma yolunu açık tutmakta ve idari para cezası uygulanmasına engel teşkil etmekteydi.¹⁰¹ Bu önemli sorun, 506 sayılı Kanunun 9. maddesini değiştirmesiyle çözülmüş ve işverenlere çalıştıracakları kişileri, işe başlatmadan önce Kuruma bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.

5510 sayılı Kanunun 8. maddesi yukarıda açıkladığımız 506 sayılı Kanunun 9. maddesindeki düzenlemeye paraleldir. Buna göre, işverenler, çalıştıracakları kişileri sigortalılıklarının başlangıcından önce Kuruma bildirmek zorundadırlar. Kural bu olmakla birlikte anılan maddede yapılan işlerin niteliğine bağlı olarak bazı istisnalara yer verilmiştir. Bu istisnaları şu şekilde sıralamamız mümkündür;

a. İnşaat, balıkçılık ve tarım işyerlerinde işe başlatılacak sigortalılar en geç çalışmaya başlatıldığı gün Kuruma bildirilebilir. Bu olanak 506 sayılı Kanun döneminde yalnızca inşaat sektörü için öngörülmüş iken, 5510 sayılı Kanun ile tarım ve balıkçılık sektörü bakımından da kabul edilmiştir.¹⁰²

b. Yabancı ülkelere sefer yapan ulaştırma araçlarına sefer esnasında alınarak çalıştırılanlar işe alındıkları tarihten itibaren bir ay içerisinde Kuruma bildirilebilirler.

¹⁰⁰ Çenberci, 456.

¹⁰¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 178.

¹⁰² Güzel/Okur/Caniklioğlu, 178.

c. Kuruma ilk defa işyeri bildirgesi verilecek işyerlerinde; ilk defa sigortalı çalıştırmaya başlanılan tarihten itibaren bir ay içinde çalıştırılmaya başlanan sigortalılar, çalıştırılmaya başladıkları tarihten en geç söz konusu bir aylık sürenin dolduğu tarihe kadar Kuruma bildirilebilirler.

d. Kamu idarelerince istihdam edilen 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa göre işsizlik sigortasına tabi olmayan sözleşmeli personel ile kamu idarelerince yurt dışı görevde çalışmak üzere işe alınanlar, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kuruma bildirilebilirler.

Kanunda düzenlenen bu istisnalara ek olarak Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde¹⁰³ de bazı istisnalara yer verilmiştir. Bunları da şu şekilde sıralayabiliriz;

a. İlk işyerindeki çalışmasına ait sigortalı işe giriş bildirgesi Kuruma verilerek, tescil işlemi yapılmış olan sigortalının, naklen ve hizmet akdi sona ermeden aynı işverenin aynı ya da başka üniteye tescil edilmiş diğer işyerinde çalışmaya başlaması veya işyerinin aynı il içinde başka bir ünitenin görev bölgesine nakledilmesi halinde, yeni işyeri numarası üzerinden verilen sigortalı işe giriş bildirgesinin yasal süresi dışında da bildirim yapılması mümkündür (SSİY m.11/3, ç).

b. Kanunda belirtilen süre içerisinde Kuruma bildirilme imkânı olmamakla birlikte, Maliye Bakanlığı vizesine bağlı olarak kamu idarelerinde çalışacak sigortalılar için vize işleminin gerçekleştirildiğine ilişkin yazının, ilgili kamu idaresine intikal ettiği günü izleyen ikinci iş günü sonuna kadar bildirim yapılabilir (SSİY m.11/3, d, 1).

¹⁰³ RG, 12.05.2010/27579.

c. Kanunda belirtilen süre içerisinde Kuruma bildirilme imkânı olmamakla birlikte, 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu uyarınca özelleştirilen işyerlerinden diğer kamu kurum ve kuruluşlarına naklen atanan sözleşmeli ya da kapsam dışı personelin nakledildikleri kamu idarelerinde işe başladıkları tarihi takip eden ikinci iş günü sonuna kadar Kuruma bildirim yapılabilir (SSİY m.11/3, d, 2).

B. Bildirimin Şekli, Sigortalı İşe Giriş Bildirgesinin Verilmesi

İşveren çalıştıracağı sigortalıları bildirim yükümlülüğünü, işe giriş bildirgesini e-sigorta yoluyla Kuruma göndermekle yerine getirir. İşe giriş bildirgesi dışında, başka biçimlerde yapılan bildirimler geçerli sayılmaz. Elden veya posta yoluyla Kuruma gönderilen sigortalı işe giriş bildirgeleri Kurum gelen evrak kaydına alındıktan sonra sigortalının tescil işlemi tamamlanır (SSİY m.15).

Kurum sigortalı işe giriş bildirgesiyle çalışma ilişkisinden haberdar olur. Bunun sonucunda da işçi ve işverenin hak ve yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini takip imkânı elde eder. Ayrıca Kanunun Kurum’a yüklediği ödev ve yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi bakımından da Kurum’un çalışma ilişkisinden haberdar olması önem taşımaktadır.

Sigortalı işe giriş bildirgesi hizmet tespiti davaları bakımından ayrı bir özellik arz eder. İleride de ayrıntılı olarak değinileceği üzere hizmet tespiti davaları 5 yıllık hak düşürücü süreye tabidir.¹⁰⁴ Yargıtayın yerleşmiş içtihadına göre, işe giriş bildirgesinin verilmiş olması durumunda Kurum çalışma ilişkisinden haberdar

¹⁰⁴ 5 yıllık sürenin zamanaşımı süresi mi hak düşürücü süre mi olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmaya ileride yer verilecektir.

olacağından hizmet tespiti davası bakımından hak düşürücü süre söz konusu olmaz.¹⁰⁵

III. Sigortalının Kendisini Bildirme Yükümlülüğü

Kayıt dışı istihdamı önlemek amacıyla sigortalılara da kendilerini Kuruma bildirme yükümlülüğü getirilmiştir (SSGSSK m.8/2, SSIY m. 12). Sigortalılar, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren bir ay içerisinde, sigortalı olarak çalışmaya başladıklarını Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin ekinde yer alan ‘Sigortalı Bildirim Belgesi’ ile Kuruma bildirirler. Ancak sigortalının kendini bildirmemesi aleyhine delil teşkil etmez.¹⁰⁶ **Tuncay/Ekmekçi**’ye göre, bu hükmün amacı sigortalılığın çapraz kontrolünü sağlamaktır.¹⁰⁷

Çalışma hayatında işçi işveren ilişkileri göz önüne alındığında sigortalının kendisini Kuruma bildirme hakkını ne derece kullanabileceği ayrı bir tartışma konusudur. Zira çalıştırdığı sigortalıyı Kuruma bildirmemiş olan işverenin sigortalının kendisini Kuruma bildirmesinin ardından iş akdini fesih yoluna gitmesi olasıdır. Diğer bir ifade ile yasanın kendisine tanıdığı bu hakkı kullanan sigortalının haksız bir fesih ile karşı karşıya kalma ihtimali oldukça yüksektir.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin ekinde yer alan ‘Sigortalı Bildirim Belgesi’ incelendiğinde sigortalıdan bildirim yaptığı esnada istenilen bilgilerden birisi çalışmaya başladığı işyerinin sicil numarasıdır. Ancak işyerinin işverence

¹⁰⁵ **Y10HD**, 25.10.2007, E. 2006/19694, K. 2007/17620 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁶ **Şakar**, 138.

¹⁰⁷ **Tuncay/Ekmekçi**, 209.

Kuruma tescil edilmemiş olması da mümkündür. Bu durumda sigortalı böyle bir bildirimde bulunamayacaktır. Ayrıca işyerinde gerçekte çalışmayan kişilerin o işyerinde çalışıyormuş gibi bildirimde bulunmaları da şimdiki sistemde mümkündür.

IV. Tarımda Bağımsız Çalışanların Bildirim Yükümlülüğü

Kanunun 4. maddesinin I fıkrasının b bendi gereğince sigortalı sayılanlardan tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanların sigortalılıkları, bağlı oldukları ziraat odalarınca veya kendilerince bir yıl içinde bildirilmesi halinde odaya kaydedildikleri tarihten, bu süre içinde bildirilmemesi halinde ise bildirimin Kuruma yapıldığı tarihten başlar ve bu tarih meslek kuruluşuna kayıtlarının yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde ziraat odaları tarafından veya ziraat odalarının bulunmadığı yerlerde tarım il/ilçe müdürlükleri tarafından e-sigorta yoluyla Kuruma bildirilmesi zorunludur (SSİY m.11/4, d).

V. Sigortalıların Kamu İdareleri ve Bankalarca Bildirilmesi

Kamu idareleri ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu¹⁰⁸ kapsamındaki kuruluşlar, Kurumca sağlanacak elektronik altyapıdan faydalanmak suretiyle, işlem yaptığı kişilerin sigortalılık bakımından tescilli olup olmadığını kontrol etmek ve sigortasız olduğunu tespit ettiği kişileri Kuruma bildirme yükümlülüğü altındadırlar (SSİY. m.13). Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda 5510 sayılı Kanunun 102. maddesi gereğince idari para cezası uygulanır (SSGSSK m. 86/11).

¹⁰⁸ RG, 01.11.2005/25983 Mük.

VI. Sigortalı İşe Giriş Bildirgesinin Re'sen Düzenlenmesi

Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca, fiilen yapılan denetimler sonucunda veya işyeri kayıtlarından yapılan tespitlerden ya da kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde veya kamu kurum ve kuruluşları ile bankalar tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı anlaşılan sigortalılara ilişkin verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde Kuruma verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca re'sen düzenlenir¹⁰⁹ (SSGSSK m. 86/7).

VII. Sigortalılığın Kuruma Bildirilmemesinin Yaptırımı: İdari Para Cezası

5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin I fıkrasının a bendine tabi olarak çalıştırılan sigortalılara ait işe giriş bildirgesinin Kanunda belirtilen süre içinde ya da Kurumca belirlenen şekle ve usule uygun vermeyenler veya Kurumca internet, elektronik veya benzeri ortamda göndermekle zorunlu tutulduğu hâlde anılan ortamda göndermeyenler hakkında her bir sigortalı için asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanır (SSGSSK m.102/I, a, 1).

Kanun işe giriş bildirgesinin süresinde verilmemesi durumunda iki halde idari para cezasının artmasını öngörmüştür. İşe giriş bildirgesinin verilmediğinin, mahkeme kararından veya Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca yapılan tespitlerden ya da diğer kamu idarelerinin denetim elemanlarının kendi mevzuatları gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden veya bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve

¹⁰⁹ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 185; **Tuncay/Ekmekçi**, 212.

kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden anlaşılması halinde bildirgeyi vermekle yükümlü olanlar hakkında her bir sigortalı için asgari ücretin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır.¹¹⁰

İşyeri esas alınmak suretiyle bildirgenin verilmediğine ilişkin; mahkemenin karar tarihinden, Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarının tespit tarihinden, diğer kamu kurum ve kuruluşlarının denetim elemanlarının rapor tarihinden, bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi veya belgelerin Kuruma intikal tarihinden itibaren bir yıl içinde İşe giriş bildirgesinin verilmediğinin, mahkeme kararından veya Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca yapılan tespitlerden ya da diğer kamu idarelerinin denetim elemanlarının kendi mevzuatları gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden veya bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden anlaşılması halinde, bildirgeyi vermekle yükümlü olanlar hakkında bu defa her bir sigortalı için asgari ücretin beş katı tutarında idari para cezası uygulanır.

VIII. İşverenin Prim ve Hizmet Belgesi Verme Yükümlülüğü

A. Genel Olarak

Çalışmaya başlamaları ile kendiliğinden sigortalı sayılan çalışanların, sigorta kollarından sağlanan bazı yardımlardan faydalanabilmeleri için belli bir prim ödeme gün sayısına ulaşmaları gerekir. Bu nedenle işverenlere çalıştırdıkları işçilere ilişkin

¹¹⁰ Güzel/Okur/Caniklioglu, 188.

prim ve hizmet belgelerini Kuruma verme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverenlere idari para cezası uygulanır.¹¹¹

B. İşverence Verilmesi Gereken Belgeler

1. Aylık Prim ve Hizmet Belgesi

İşveren bir ay içinde 4. ve 5. maddeye tabi çalıştırdığı sigortalılar ile soysal güvenlik destek primine tabi sigortalıların ad ve soyadlarını, T.C. kimlik numaralarını, 80. maddeye göre hesaplanacak prime esas kazançlarını, prim ödeme gün sayıları ile prim tutarlarını gösteren asıl veya ek prim ve hizmet belgesini Kuruma vermek zorundadır (SSGSSK m.86/1; SSİY m.102). Bunun yanında işveren bir aylık süre içersinde varsa sigortalının işe başlama ve işten çıkış tarihlerini, işten çıkış nedenini, ayın bazı günlerinde çalışılmış ise eksik çalışma nedenlerini de bildirmekle yükümlüdür.¹¹² SSİY m.102/3'te düzenlenen hallerden birisinin söz konusu olması durumunda bir aylık süre geçtikten sonra verilen aylık prim ve hizmet belgeleri de süresinde verilmiş sayılır.

İşverenin çalıştırdığı sigortalıyı İş Kanununun 7. maddesi gereğince iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak başka bir işverene devretmesi halinde, sigortalıyı devralan işveren geçici iş ilişkisi süresince aylık prim ve hizmet belgesi verme yükümlülüğünden devreden işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur (SSGSSK m.86/3).¹¹³ Ayrıca asıl işveren–alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu

¹¹¹ **Çenberci**, 456; **Sözer**, Sosyal Sigortalar, 125.

¹¹² **Tuncay/Ekmekçi**, 227.

¹¹³ **Tuncay/Ekmekçi**, 227.

durumlarda da alt işveren çalıştırdığı işçilere ilişkin aylık prim ve hizmet belgesi düzenlemekle yükümlüdür (SSİY m. 102/7).

Kanun, prim ve hizmet belgesinin ne zaman verileceğini belirleme yetkisini Kuruma vermiştir. Aylık Prim ve Hizmet Belgesi Tebliğinin¹¹⁴ 2.2.1. maddesinde prim ve hizmet belgesinin verileceği zamanı, resmi kurum işverenleri için, en geç belgenin ait olduğu dönemi izleyen takvim ayının 7'si, özel sektör işverenleri için ise en geç belgenin ilişkin olduğu ayın 23'ü, olarak tespit etmiştir.¹¹⁵

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 102 ve devamı maddelerinde prim ve hizmet belgesi verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Anılan yönetmelik Kanunun 86. maddesinde belirtilen prim ve hizmet belgesi içeriğinde yer alması gereken hususları genişletmiştir. İşveren, SSİY m. 102'ye uygun olarak düzenlediği aylık prim ve hizmet belgesini e-sigorta yoluyla Kuruma göndermekle yükümlüdür.

İş sözleşmesi ile bir veya birden fazla işveren yanında çalıştırılanların sigorta primine esas kazançlarına hak edilen ücretlerin yanında prim, ikramiye ve bu nitelikteki ödemeler ayrı ayrı gösterilir (SSİY m. 102/1).

2. Ay İçinde Otuz Günden Az Çalışan Sigortalılara İlişkin Bildirim Yükümlülüğü

İşverenlerce çalıştırdıkları sigortalıların çalışma gün sayılarını eksik bildirildiğine çalışma hayatında sıkça rastlanılmaktadır. Bu yaygın sayılabilecek uygulamanın önüne geçilebilmesi amacıyla ilk olarak mülga 506 sayılı Kanun döneminde 4447 sayılı Kanun ile 79. maddeye bir fıkra eklenmiştir. 5510 sayılı

¹¹⁴ R.G. 18.08.2011/28029.

¹¹⁵ Güzel/Okur/Caniklioglu, 301.

Kanunda da yapılan bu değişiklik aynen benimsemiştir. 5510 sayılı Kanuna göre, ay içinde bazı işgünlerinde çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediğı beyan edilen sigortalıların, otuz günden az çalıştıklarını ispatlayan belgelerin işverence ilgili aya ait aylık prim ve hizmet belgesine eklenmesi şarttır. Bu belgelerin işverence verilmemesi veya belgelerin Kurumca geçerli sayılmaması halinde, otuz günden az bildirilen sürelerle ait aylık prim ve hizmet belgesi Kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı primler, bu Kanun hükümlerine göre tahsil olunur (m.86/4,5). Konu ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde de yer almıştır. Anılan Yönetmeliğin 102. maddesine göre, aylık prim ve hizmet belgesi ile birlikte ay içinde otuz günden az çalışan veya eksik ücret ödenen sigortalılara ilişkin; a) Kurumca yetkilendirilmiş sağlık hizmeti sunucularından veya işyeri hekimlerinden alınmış istirahatlı olduğunu gösteren raporu, b) Ücretsiz veya aylıksız izinli olduğunu kanıtlayan izin belgesi, c) Disiplin cezası uygulaması, gözaltına alınma ile tutukluluk hâline ilişkin belgeleri, ç) Kısmi süreli çalışmalara ait yazılı iş sözleşmesi, d) İşverenin veya sigortalının imzasını da taşıyan puantaj kayıtları, e) Grev, lokavt, genel hayatı etkileyen olaylar, doğal afetler nedeniyle işyerinde faaliyetin durdurulduğunu veya işe ara verildiğini gösteren ilgili resmî makamlardan alınan yazı örneğı, sigortalıların eksik gün bildirimine ilişkin bilgi formu (Ek-10) ekinde Kuruma verilir veya Acele Posta Servisi ile veya iadeli taahhütlü ya da taahhütlü olarak gönderilir (m.102/12).

İşveren, eksik bildirimin nedenini gösteren SSİY m. 102/12'de sayılan belgeleri eksik gün bildirimine ilişkin form ile birlikte Kuruma gönderir. Eksik bildirimin nedenine ilişkin belgelerin geriye yönelik olarak her zaman düzenlenebilir

nitelikte olanları, aylık prim ve hizmet belgesinin verilmesi gereken süreden sonra verilmesi hâlinde işleme konulmaz (SSİY m. 102/13).

Sigortalının otuz günden az çalıştığını gösteren belgelerin verilmemesi veya verilen belgelerin Kurum tarafından geçerli sayılmaması durumunda, otuz günden az bildirilen sürelerle ait aylık prim ve hizmet belgesi Kurum tarafından re'sen düzenlenir ve primleri işverene tahakkuk ettirilir (SSGSSK m. 86/5; SSİY m. 112/8).

Kamu işyerleri ile toplu iş sözleşmesi yapılan işyerlerinde çalışan sigortalılara ilişkin eksik bildirim nedenlerinin aylık prim ve hizmet belgesinde gösterilmesi yeterli olup, ayrıca belge aranmaz (SSİY m. 102/14).

3. Sigortalı Çalıştırmayan İşverenin Bildirim Yükümlülüğü

İşverenler, sigortalı çalıştırmadıklarını Kuruma bildirmekle yükümlüdürler. İşveren, sigortalı çalıştırmaya son verdiği tarihten itibaren onbeş gün Kurum'a bildirmekle yükümlüdür (SSGSSK m. 86/I). Bu bildirim yükümlülüğünü yerine getiren işverenin ayrıca her ay sigortalı çalıştırmadığını ve ücret ödemediğini Kuruma bildirme yükümlülüğü yoktur (SSİY m. 102/15).

4. Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin Süresinde Verilmemesi

a) Süresinden Sonra Verilmesi

Kanunun 4. maddesinin I. fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılara ilişkin yasal süresi geçirildikten sonra Kuruma verilen aylık prim ve hizmet belgeleri, doğruluğu, fiilen yapılan denetimler sonucu veya işyeri kayıtlarından yapılan tespitlerden anlaşılması hâlinde işleme konulur. Aylık prim ve hizmet belgesinin fiilen yapılan tespitler sonucunda işleme alınmasında, tespitin yapıldığı tarihten

geriye doğru en fazla bir yıllık süreye ilişkin olan kısmı dikkate alınır. Diğer Kanunlara göre defter tutmakla yükümlü olmayan işveren, alt işveren ile sigortalıyı devir alanlar tarafından ikinci fıkra da belirtilen süreler dışında verilen belgeler işleme alınmaz (SSİY m. 103/1).

Yasal olarak verilmesi gereken son günü takip eden günden başlanarak takip eden üçüncü ayın sonuna kadar Kuruma verilen asıl veya ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgesi, aksine bir tespit veya şüpheli bir durum yoksa ve aylık prim ve hizmet belgesinde kayıtlı olan sigortalıların sigortalı işe giriş bildirgelerinin yasal süresi içinde veya aylık prim ve hizmet belgesinin ilişkin olduğu aydan önceki bir tarihte Kuruma verilmiş olması hâlinde, söz konusu belge, ayrıca incelemeye gidilmeksizin işleme alınır (SSİY m. 103/2).

Kuruma belge türü veya kanun numarası hatalı seçilerek verilmiş olan aylık prim ve hizmet belgelerine ilişkin düzeltme amaçlı olarak yasal süresi dışında verilen aylık prim ve hizmet belgeleri, düzeltme ile fiili hizmet süresi zammı kazandırma hali hariç, belgede kayıtlı sigortalılar ve bu sigortalıların prim ödeme gün sayısı ile prime esas kazanç tutarının aynı olması kaydıyla, ayrıca incelemeye gerek kalmaksızın işleme alınır (SSİY m. 103/4).

b) Kurum Tarafından Re'sen Düzenlenmesi

İşverence verilmesi gereken belgelerin Kuruma verilmemesi halinde Kanun koyucu Kuruma söz konusu belgeleri re'sen düzenleme yetkisini vermiştir. Buna göre, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca fiilen yapılan denetimler sonucunda veya işyeri kayıtlarından yapılan tespitlerden ya da kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları

soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde veya kamu kurum ve kuruluşları ile bankalar tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı anlaşılan sigortalılara ait olup bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir. İşveren, kendisine tebliğ edilen prim borcuna karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde itiraz edebilir. Kuruma yapılan itiraz Prim Tahakkuk İtiraz Komisyonu tarafından incelenir ve karara bağlanır (SSİY m. 113/1). İşverenin itirazı ile prim borcunun tahsili amacıyla başlatılan takip durur. İşverenin itirazının reddedilmesi halinde, işveren kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde yetkili iş mahkemesinde dava açabilir. Yetkili mahkemeye başvurulması, prim borcunun takip ve tahsilini durdurmaz (SSGSSK m.86/7). İşverenin açtığı davada mahkemenin Kurum lehine karar vermesi halinde, 88. ve 89. maddelerin prim borcuna ilişkin hükümleri uygulanır.

Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca işyerinde fiilen yapılan tespitlerden ve kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden kayıt ve belgelere dayanmaksızın çalıştığı belirlendiği halde, hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının Kuruma bildirilmediği anlaşılan veya eksik bildirildiği tespit edilen sigortalıların geriye yönelik hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının, en fazla tespitin yapıldığı tarihten geriye yönelik bir yıllık süreye ilişkin kısmı dikkate alınır (SSGSSK m. 86/8).

IX. Sigortalılığın Sona Erdiğinin Bildirimi

Hizmet sözleşmesi bir işverene bağlı olarak çalışanların sigortalılıkları hizmet akdinin sona erdiği tarihte sona erer ve bu tarih işverenleri tarafından 10 gün içinde Kuruma bildirilir. Bildirimin usulü Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Buna göre, sigortalılığın sona erdiğinin bildirim yükümlülüğü sigortalı işten ayrılış bildirgesinin verilmesi ile yerine getirilecektir (SSİY m. 14; m. 25).

§ 7. — TESPİT DAVASI AÇMA ŞARTI

A. Genel Olarak

Hizmet tespiti davası açılabilmesi için tespiti talep edilen dönemde kişinin sigortalı olması ve işverence Kuruma bildirilmemiş veya Kurumca tespit edilememiş olması gerekir. İşverence Kuruma aylık prim ve hizmet belgesi verilmiş ya da Kurum tarafından tespit edilmiş olan dönemlere yönelik hizmet tespiti davası açılmasında kural olarak hukuki yarar yoktur.¹¹⁶

Hizmet tespiti davası sosyal güvenlik hakkının sağlanmasında önemli bir yere sahiptir. Bu yönüyle kamu düzenine ilişkindir. Kamu düzenine ilişkin olan davalarda hâkim re'sen araştırma ilkesi gereğince tarafların sunmuş olduğu deliller ile yetinmeyip gerçek durumun hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek derecede aydınlığa kavuşması için her türlü araştırmayı yapmakla yükümlüdür.

¹¹⁶ Davacı, emekli olmadan önce çalıştığı işlerden bir kısmının ağır ve tehlikeli işlerden olduğunun tespitini istemiştir. Davacının hizmet süresinin tespitine ilişkin olarak bu davayı açmakta hukuki yararı vardır. **YHGK**, 04.06.1976, **Üstündağ**, 333, dn. 96.

B. Davanın Konusu

5510 sayılı Kanunun 86. maddesinin 9. fıkrasına göre, “*Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamı ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.*” O halde, hizmet tespiti davasının konusunu işverene ait işyerinde geçen ve sigortalı olduğu halde işverence Kurma bildirilmeyen ve Kurumca da tespit edilemeyen çalışma sürelerinin tespiti oluşturmaktadır.¹¹⁷

C. Davanın Türü

1. Tespit Davası

Mahkemeden istenen hukuki korumanın türüne göre dava çeşitleri, eda davası, inşai dava ve tespit davasıdır. Hizmet tespiti davasının davacısı, bir hukuki ilişkinin var olduğunun tespitini talep ettiğine göre, bu davalar tespit davası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda belirtelim ki tespit davaları hakların istikrarını temin etmekte toplumsal bir yarar sağlar.¹¹⁸

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, tespit davası, bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin davalardır.¹¹⁹ Tespit davası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ayrı bir dava türü olarak düzenlenmemiştir. Ancak çeşitli

¹¹⁷ Saraç, 465.

¹¹⁸ Kuru/Budak, 68.

¹¹⁹ Kuru, Usul, C. II, 1409; Kuru/Budak, 68; Kuru/Arsalan/Yılmaz, 275; Üstündağ, 324; Hanağası, 132; Postacıoğlu, 212 vd.

özel kanun hükümlerinde tespit davasına ilişkin birçok hükme rastlamak mümkündür. Örnek vermek gerekirse, TMK m.26, İİK m. 69/II, m.72, m.89/III, HUMK m. 519, TİSGLK m.46’da düzenlenen davalar birer tespit davası olma özelliğini gösterirler. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda ise, tespit davası açıkça düzenlenerek pozitif hukuk dayanağına kavuşmuştur. Anılan Kanunun 106. maddesine göre, tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi istenir.

2. Tespit Davasının Çeşitleri ve Hizmet Tespiti Davası

Tespit davaları, olumlu (müspet) tespit davası ve olumsuz (menfi) tespit davası olmak üzere ikiye ayrılır.

a. Olumlu (Müspet) Tespit Davası

Davacının bir hukuki ilişkinin var olduğunun tespitini talep ettiği davalar olumlu tespit davası olarak adlandırılır.¹²⁰ Olumlu tespit davasının kabul edilmesi halinde verilecek hükümle hukuki ilişkinin var olduğu, reddedilmesi halinde verilecek hükümle ise, hukuki ilişkinin var olmadığı tespit edilmiş olur.¹²¹

¹²⁰ **Kuru/Budak**,73; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 304; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 275; **Üstündağ**, 334.

¹²¹ **Kuru**, Usul, C. II, 1463; **Kuru/Budak**,73; **Kuru**, Tespit, 21. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 304.

b. Olumsuz (Menfi) Tespit Davası

Davacının bir hukuki ilişkinin var olmadığının tespitini talep ettiği davalar olumsuz tespit davası olarak adlandırılır.¹²² Olumsuz tespit davasının kabul edilmesi halinde verilecek hükümle hukuki ilişkinin var olmadığı, reddedilmesi halinde verilecek hükümle de hukuki ilişkinin var olduğu tespit edilmiş olur.¹²³

c. Hizmet Tespiti Davasının Girdiği Tespit Davası Türü

Hizmet tespiti davasında davacı, sigortalı olarak çalıştığını ancak çalışmalarının işverence Kuruma bildirilmediğini iddia etmekte ve bu çalışmalarının tespitini talep etmektedir. Görüldüğü üzere, davacı bu davada hukuki bir ilişkinin var olduğunun tespitini talep etmektedir. Bu yönüyle hizmet tespiti davasının olumlu tespit davası olduğunu söyleyebiliriz. Uygulamada karşımıza çıkan diğer bir tespit davası, işverence sigortalı çalıştırmadığının tespiti için açılan davalardır. Yüksek Mahkeme bir kararında “... *Dava, işyerinde sigortalı çalıştırmadığının tesbiti ile işyerinin kapsama alınmasına ilişkin Kurum işleminin iptali istemine ilişkindir...*” ifadelerine yer vermiştir.¹²⁴ İşverence sigortalı çalıştırılmadığının tespiti için açılan bu tür davalarda bir hukuki ilişkinin bulunmadığının tespiti talep edildiğinden bu davaların olumsuz tespit davası olduğu söylenebilir.

¹²² **Kuru/Budak**,74; **Üstündağ**, 334; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 304; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 275.

¹²³ **Kuru**, Usul, C. II, 1463; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 304.

¹²⁴ **Y21HD**, 01.02.1996, E.1996/250, K. 1996/409 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

3. Hizmet Tespiti Davası ile Birlikte Açılan İşçilik Alacaklarının Tahsili Davası

Uygulamada çalışanların işyerinden ayrılmalarını müteakip işveren aleyhine hem alacak davası hem de hizmet tespiti davası açtıkları görülmektedir. Yargıtay 21. Hukuk Dairesine göre hizmet tespiti ve işçilik alacakları taleplerinin aynı davada görülüp karara bağlanması mümkün değildir.¹²⁵ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi konuya ilişkin bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “...*hizmet tespitine ilişkin davalar sosyal güvenlik hakkı ve kamu düzeni ile ilgili olup, kişi iradesi belirleyici etkiye sahip değildir. ... Bu nedenle hakim, kendiliğinden araştırma yapma yetkisine sahiptir. Bu yetki kapsamında, gerektiğinde tanık ve diğer deliller yoluyla doğrudan gerçeği bulma yükümü bulunmaktadır. İşçilik alacaklarına ilişkin davalar ise, 4857 sayılı yasadan kaynaklanmaktadır. Bu tür davalar kişi iradesine önemli rol verilip, taraf anlaşmalarına geçerlik tanınan, alacak ve tazminat türünde olan davalardır. ... Bu nedenle hakim, kendiliğinden araştırma yapmaz. ... Kaldı ki, SGK’nun bu davalarda davalı sıfatı bulunmamaktadır. Bu durumda, her iki dava türünün, tarafların statüsü, hakimin delil araştırma bakımından kendiliğinden hareket etmesi, taraf iradelerine atfedilen rol, dava konusu edilen haktan vazgeçilip vazgeçilememesi gibi yönlerden yasal konumları birbirinden tamamen farklıdır. Her iki dava türünün birlikte görülmesi durumunda; davanın birinde bir kısım delillerin kendiliğinden dikkate alınması, diğerinde alınmaması gerekecektir ki, aynı dava dosyasında birbiri ile çelişkili kararlar yer alabilecektir. Kaldı ki, işçilik haklarına ilişkin olarak dairemiz kararları ile işçilik alacaklarına ilişkin davalar yönünden*

¹²⁵ **Y21HD**, 27.05.2003, E. 2003/4531 K. 2003/4936 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası); **Y21HD**, 21.08.2012, E. 2012/2656, K. 2012/2566 (Yayımlanmamıştır).

asil görevli Yargıtay ilgili dairelerinin kararları arasında farklı uygulamalar ortaya çıkabilecektir. Öte yandan, temyiz inceleme mercileri farklı olan bu davaların birbirinden bağımsız sonuçlandırılmalarında hukuki istikrar ve kararlara olan güven bakımından da yarar bulunmaktadır. İşçilik haklarına ilişkin olarak kesinleşen hüküm, hizmet tesbiti davasında sadece kuvvetli delil olarak değerlendirilmekte, davada taraf sıfatı bulunmayan SGK yönünden bağlayıcı olmamaktadır. ... Yapılacak iş; her iki davayı ayırmak ve ... sonuçlandırmaktan ibarettir.”¹²⁶

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 21. Hukuk Dairesinin ısrarla benimsediği görüşü paylaşmamakta ve anılan taleplerin aynı davada görülebileceğini hükme bağlamaktaydı. Hukuk Genel Kurulu bu yöndeki bir kararında, “*Yargıtay Kanununun 14. maddesinde dairelerin görevleri belirlenmiştir. Anılan maddeye göre bir davada birkaç Hukuk dairesinin görevine giren uyuşmazlık söz konusu ise, temyiz incelemesi uyuşmazlığı doğuran asil hukuki ilişkiye ait hüküm ve kararları inceleyen dairece yapılır. Açıklanan durum karşısında sigortalı hizmetin tespiti davası ile işçilik haklarından kaynaklanan tazminat ve alacak davalarının birbirleriyle bağlantılı olduğu, birlikte açılıp, sonuçlandırılmalarının olanaklı olduğu, anılan davaların salt temyiz inceleme mercilerinin ayrı olduğu ve ispat şekillerinin farklı olduğu gerekçesiyle ayrılmaları gerektiği hususunun bozma nedeni yapılamayacağı sonucuna varılmış ve direnme kararı açıklanan bu gerekçeyle yerinde görülmüştür”*

¹²⁶ **Y21HD**, 11.10.2012, E. 2011/16323, K. 2012/17136 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

ifadelerine yer verilmiştir.¹²⁷ Ancak Hukuk Genel Kurulu daha sonra bu görüşünü değiştirmiş; hizmet tespiti ve işçilik alacağı talebiyle açılan davaların ayrılması gerektiğine hükmetmiştir. Konu ile ilgili bir kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu hizmet tespiti ve alacak davalarının özelliklerine değindikten sonra davacının hizmet tespiti isteminden, işçilik alacaklarına dayalı alacak ve tazminat istemlerinin ayrılması ve daha sonra işin esasına girilerek bir sonuca varılması gerektiğini belirtmiştir.¹²⁸

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu diğer bir olayda, davacı tarafından hizmet tespiti ve işçilik alacaklarının yanında maddi ve manevi tazminat davası da talep edilmiştir. Hukuk Genel Kurulu, hizmet tespiti davaları ile maddi ve manevi tazminat davalarının birlikte görülemeyeceğini hükme bağlamıştır. Anılan kararda şu ifadelere yer verilmiştir: “... *Hal böyle olunca mahkemece, davacının diğer taleplerinden, maddi ve manevi tazminat istemleri tefrik edilmeli, hak sahipleri davacılara Sosyal Sigortalar Kurumunu davaya dahil etmeleri için önel verilmeli, taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasına girilerek bir sonuca varılmalıdır.*”¹²⁹

Canikliöğlu, Hukuk Genel Kurulunun ulaştığı sonucu eleştirmekte ve sadece maddi ve manevi tazminat davalarının diğer taleplerden ayrılmasını isabetli bulmamaktadır.

¹²⁷ **YHGK**, 14.04.2004, E. 2004/21-226, K. 2004/223 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası). *Aynı yönde: YHGK*, 28.05.2003, E. 2003/21-362, K. 2003/360, **YHGK**, 15.10.2003, E. 2003/21-571, K. 2003/575, **Canikliöğlu**, 2007 Kararları, 303.

¹²⁸ **YHGK**, 10.04.2013, E. 2013/21-447, K. 2013/492. *Aynı yönde: YHGK*, 06.02.2013, E. 2012/21-746, K. 2013/215 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹²⁹ **YHGK**, 07.02.2007, E. 2007/21-69, K. 2007/55 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

Yazara göre, hizmet tespiti davaları ile işçilik alacaklarına ilişkin davaların hepsinin ayrı görülmesinde yarar bulunmaktadır.¹³⁰

Kanımca, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yukarıda açıkladığımız görüş değişikliği isabetli olmuştur. Gerçekten, hizmet tespiti davası kamu düzenini ilgilendirmektedir ve bu davada hakim re'sen delil toplayabilir. Bu kapsamda örneğin Sosyal Güvenlik Kurumuna müzekkere yazarak davacı ile birlikte çalışmış kişileri tespit edebilir, onları tanık olarak duruşmaya davet edip dinleyebilir. Ancak alacak davasında hakim re'sen tanık dinleme yoluna başvurması daha geniş bir ifadeyle re'sen delil toplaması mümkün değildir. Örneğin açtığı alacak davası ile kıdem tazminatı talep eden davacının bu alacağının varlığını sunacağı delillerle ispat edememesi durumunda davası reddedilecektir. Zira alacak davasında taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olup hakim taraflarca sunulan delilleri değerlendirerek bir karar verecektir. **Özekes**'e göre ise, hizmet tespiti davası ile işçilik alacaklarına ilişkin davaların birlikte görülmesinde, ayrı ayrı görülmelerine göre usuli bakımdan daha büyük yararın olduğu açıktır. Hizmet tespiti ve işçilik alacaklarına ilişkin davalar, aralarında doğrudan bir bağlantı bulunduğundan birlikte açılabilir. Çünkü sigortalılığın ve işçilik haklarının temelinde bir hizmet ilişkisi yatmaktadır. Dolayısıyla, dava konusu haklar, aynı hukuki ilişkiye dayanmaktadır.¹³¹

¹³⁰ **Caniklioğlu**, 2007 Kararları, 303-305.

¹³¹ **Özekes**, 1384-1396.

D. Dava Açma Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Niteliği

1. Genel Olarak

Hizmet tespiti davasının açılması hak düşürücü sürenin geçmemiş olması koşuluna bağlanmıştır. Davacı davasını hak düşümü süresi içinde açmadığı takdirde, davayı açmamış olması durumunda işverene ait işyerinde sigortalı olarak çalıştığı yönündeki iddiasını hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek ölçüde ispatlanmış olsa dahi davanın reddine karar verilmesi gerekir. Bu başlık altında sırasıyla, dava açma süresine, hak düşümü süresine ilişkin düzenlemenin Anayasaya uygunluğuna, bu sürenin başlangıcı ve niteliği konusundaki görüşlere, hak düşümü süresi konusunda uygulamada ortaya çıkan sorunlara, hak düşümü süresinin söz konusu olmadığı durumlara ve Yargıtay uygulamasına yer verilecektir.

2. Dava Açma Süresi

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre, aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen ve çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilamla çalışmalarını ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamaları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır. Görüldüğü gibi, sigortalı, hizmet tespiti davasını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl¹³² içinde açabilme imkânına sahiptir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, iş sözleşmesi 19.07.2012

¹³² Başlangıçta 5 yıl olan süre 20.06.1987 tarihinde 10 yıla çıkarılmış, daha sonra 01.06.1994 tarih ve 3995 sayılı Kanun ile tekrar 5 yıla indirilmiştir. 5510 sayılı Kanunda da bu süre benimsenmiştir.

tarhinde sona eren sigortalı 31.12.2012 tarihinden itibaren 5 yıl içinde dava açabilir. Bu durumda sigortalı hizmet tespiti davasını 31.12.2017 tarihine kadar açma olanağına sahiptir.

Kadıköy 1. İş Mahkemesi tarafından maddede yer alan “...hizmetlerinin geçtiğı yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde...” ifadesinin Anayasa’nın 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı itiraz yoluyla ileri sürülmüş ve iptali talep edilmiştir. Başvuruyu esastan inceleyen Anayasa Mahkemesi, “... *Anayasa’nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğı, bu sınırlamaların Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa’nın 49. maddesinde, Devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliğı önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ifade edilmiştir. Anayasa’nın 60. maddesinde, “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliğı sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar” denilmektedir. Buna göre, sosyal güvenlik herkes için bir hak ve bunu gerçekleştirmek ise Devlet için bir görevdir. Sosyal güvenlik hakkı, sosyal sigorta kuruluşlarınca kendi kuralları çerçevesinde yerine getirilir. Sosyal sigortanın kapsamı, sigorta alanı ve içerdığı riskler ile alınacak primler yasalarla belirlenmiştir. Sosyal güvenliğin ve sigortanın varlık nedeni sosyal risklerin karşılanmasıdır. Devletin Anayasa’da güvence altına alınan sosyal güvenlik haklarının yaşama geçirilmesi için gerekli teşkilatı kurması ve diğere önlemleri*

alması, sosyal güvenlik politikalarını bilimsel verilere göre belirlemesi ve bunun için gerekli yasal düzenlemeleri yapması doğaldır. Sosyal sigorta programlarının sigortacılık ilkeleri ve çağdaş standartlarla uyumu ve malî açıdan sürdürülebilirliği, sosyal sigorta kuruluşlarının idarî ve malî etkinliklerinin artırılması için gerekli rejimin oluşturulmasını zorunlu kılar. Nesnel ve sürekli kurallarla sağlam ve sağlıklı temellere oturtulmayan bir sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilir olması düşünülemez. Bu düzenin korunması Anayasa'nın 60. maddesinde yer alan sosyal güvenlik hakkının güvenceye alınması için de zorunludur. ... Hizmet tespiti davalarının, çalışanların Kurum kayıtlarına geçirilmemiş aylık kazanç toplamaları ve prim ödeme gün sayılarının sigortalılığın hesabında esas alınmasına yönelik olmaları nedeniyle, sosyal güvenlik sistemi üzerindeki etkileri açıktır. Dolayısıyla bu davalar için öngörülen 5 yıllık hak düşürücü sürenin, sistemin süreklilik arz edecek şekilde veya makul olmayacak ölçüde uzun bir süre dava tehdidi altında tutulmasını önlemek suretiyle sosyal güvenlik sisteminin istikrarının sağlanması amacıyla getirildiği anlaşıldığından bunun bir sınırlama olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.” ifadelerine yer vererek iptal isteminin reddine karar vermiştir.¹³³

Anayasa Mahkemesini bu yönde bir karar vermeye iten asıl neden 5 yıllık hak düşümü süresinin sosyal güvenlik sisteminin istikrarını sağlanması amacını taşıdığı düşüncesidir. Mahkeme ayrıca iptali istenen düzenlemenin, sistemin süreklilik arz

¹³³ **AYM**, 26.01.2011, E. 2008/109, K. 2011/25, **R.G.** 02.04.2011/27893
(www.anayasa.gov.tr)

edecek şekilde ve makul olmayacak ölçüde uzun bir süre dava tehdidi altında kalmasının da önüne geçilmesi amacını taşıdığını kabul etmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, sosyal güvenlik hakkı feragat edilemez ve kaçınılmaz bir insan hakkıdır. Bunu göz önüne alan Anayasa koyucu, sosyal güvenliği sağlama ödevini devlete vermiştir (AY m. 60). Devlet, bu doğrultuda gerekli hukuki düzenlemeleri yapmış ve teşkilatı kurmuştur. Bu kapsamda 5510 sayılı Kanunla Sosyal Güvenlik Kurumunu kontrol ve denetim yetkisi ile donatmıştır. Bunun yanında Kanun, Kuruma bir ay içinde otuz günden az bildirilen sigortalılara ait belgelerin ibraz edilmemesi durumunda ilgili aya ilişkin gün sayısını re'sen otuza tamamlama görevi de vermiştir. Hizmet tespiti davasında davacı sigortalı işverence bildirilmeyen ve Kurum tarafından da tespit edilemeyen çalışmalarının tespitini talep ettiğine göre, her hizmet tespiti davasında esasen Kurumun ihmalinin bulunduğu söz edilmesi mümkündür. Kurum tarafından gerekli kontrol ve denetimler yapılmayarak sigortasız çalıştırma olgusunun ortaya çıkması sosyal güvenlik sisteminin istikrarının bozulmasına neden olmaktadır. Bozulan istikrarın hizmet tespiti davası açarak hakkını elde etmeye çalışan sigortalılar vasıtasıyla dengelenmeye çalışılması ise, bizi, sistemin kendi içinde çelişki taşıdığı sonucuna götürmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin iptal isteminin reddine ilişkin gerekçesine katılmak mümkün değildir.

Bilindiği üzere çalışanlar işe alınmaları ile sigortalı olurlar. Bunun yanında yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kişinin sosyal güvenlik hakkından feragat etmesi mümkün değildir. Buna rağmen Kanun koyucunun belirli bir sürenin sonunda dava

açılmasını engelleyen bir hükme yer vermesi tartışmaya açıktır. Bu nedenle hak düşümü süresinin tamamen kaldırılması gerektiği savunulmaktadır.¹³⁴

Sonuç olarak, feragat edilemez Anayasal sosyal güvenlik hakkının belirli bir süre geçtikten sonra talep edilmesine engel olan düzenleme Anayasanın 49. ve 60. maddelerine aykırıdır. Yukarıda yer verdiğimiz Anayasa Mahkemesi kararında yer alan karşı oy yazılarında da ifade edildiği üzere, sosyal güvenlik hakkının kullanımına getirilen bu kısıtlama demokratik bir düzende gerekli olmayan ölçüsüz bir kısıtlamadır. Bunun yanında söz konusu sosyal devlet ilkesine ve hak arama özgürlüğüne de engel oluşturmaktadır. Kanımca, olması gereken hukuk bakımından, söz konusu düzenlemenin değiştirilmesi ve daha önce olduğu gibi en azından on yıla çıkarılması uygun olacaktır.

3. Dava Açma Süresinin Başlangıcı

5510 sayılı Kanunun 86. Maddesinin 9. Fıkrasından da anlaşılacağı üzere 5 yıllık hak düşürücü süre sigortalının hizmetinin geçtiği yılın sonundan işlemeye başlayacaktır. Diğer bir ifadeyle, sigortalı işten ayrıldığı yılın sonundan itibaren 5 yıl içinde hizmet tespiti davasını açabilecektir. Yılın sonundan kastedilen 31 Aralık tarihidir. Örneğin, sigortalı çalışmakta olduğu işyerinden 19.07.2007 tarihinde ayrılmış ise 5 yıllık hak düşürücü süre 31.12.2007 tarihinde işlemeye başlayacak ve sigortalı 31.12.2012 tarihine kadar tespit davası açabilecektir.

Her ne kadar Kanunun anılan maddesinin düzenleniş biçiminden 5 yıllık sürenin sigortalının hizmetinin geçtiği her yılın sonundan ayrı ayrı işlemeye başlayacağı yönünde bir anlam çıkarılabilirse de sigortalının çalıştığı süre içerisinde

¹³⁴ **Duran**, 175; **Sözer**, 1991 kararları, 166; **Aslanköylü**, 1312.

böyle bir davayı açması durumunda haksız bir fesih ile karşı karşıya kalma ihtimali göz önüne alındığında, 5 yıllık sürenin işten ayrılmasından sonra işlemeye başlayacağını kabulü gerekir.¹³⁵ Nitekim Yüksek Mahkemenin de istikrar kazanan görüşü bu yöndedir.¹³⁶

Önemle belirtmek gerekir ki 5 yıllık süre geriye doğru tespit edilebilecek olan süreyi değil, dava açma süresini düzenlemektedir.¹³⁷ Öğretide bir görüşe göre, maddenin anlatımından geriye dönük yalnızca 5 yıllık sürenin tespit edilebileceği sonucu çıkarılabilirse de işçinin çalıştığı süre boyunca böyle bir dava açması güçtür.¹³⁸ **Centel**, 1996 yılı karar değerlendirmesinde, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu 10.09.1996 tarihli kararı¹³⁹ ile artık geriye doğru yalnızca 10 (veya 5) yıla ait sigortalılığın tespitinin istenebileceğini ifade etmiştir.¹⁴⁰ Oysa Yüksek Mahkeme anılan kararında geriye doğru tespiti talep edilecek bir süreden söz etmemiş, davanın hangi süre içerisinde açılabilirliğini belirtmiştir. Bu bakımdan anılan görüşe katılmak mümkün değildir.¹⁴¹

¹³⁵ **Güzel**, 1985 Kararları, 200; **Şakar**, 1988 Kararları, 214-215; **Aslanköylü**, 1313.

¹³⁶ **Y21HD**, 03.04.2007, E. 2006/6717, K.2007/5564; **Y10HD**, 06.02.2003, E. 2002/10481, K. 2003/707, **Aslanköylü**, 1316; **Y10HD**, 03.12.1985, E. 1985/6468, K. 1985/6712, **Güzel**, 1985 kararları, 201; **Y10HD**, 21.04.1988, E. 1988/2660, K. 1988/2629, **Şakar**, 1988 Kararları, 215.

¹³⁷ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 328, dn.141.

¹³⁸ **Centel**, 1984 Kararları, 244.

¹³⁹ **Y10HD**, 10.09.1996, E.1996/7556, K.1996/6608.

¹⁴⁰ **Centel**, 1996 Kararları, 261.

¹⁴¹ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 328, dn.141; **Aslanköylü**, 1313; **Tunçomağ**, 194.

Kanunda açık hüküm bulunmamasına rağmen sigortalının ölümü halinde hak sahiplerinin de hizmet tespiti davası açma olanağı bulunduğu hem Yargıtay hem de öğreti tarafından kabul edilmektedir. Hak sahipleri hukuki yararlarının bulunması durumunda hizmet tespiti davası açabilirler. Burada hak sahipleri yönünden dava açma süresinin hangi tarihte başlayacağı sorusu akla gelebilir.

Hak sahipleri bakımından ayrı bir hak düşürücü süre öngörülmemiş olması nedeniyle doktrinde, hak sahipleri bakımından hak düşürücü sürenin başlangıcının ölen sigortalın iş sözleşmesinin sona erdiği yılın sonu olarak esas alınması gerektiği ileri sürülmekte ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.04.1984 tarih ve 1982/10-304 Esas sayılı kararının da bu yönde olduğu belirtilmektedir.¹⁴²

Hak sahipleri yönünden hak düşürücü sürenin hangi tarihte işlemeye başlayacağı konusunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile 21. Hukuk Dairesi kararları arasında paralellik bulunmaktadır. 21. Hukuk Dairesi bir kararında, “... *bir hak sahibi yönünden, sözü edilen sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğinden bahsedebilmek için, öncelikle, muristen bu kişiye sigorta kollarından bir hakkın intikal etmesi ve kişinin buna bağlı bir talep hakkının doğması gerekir. ... bir hak sahibi yönünden hak düşürücü süre; ancak muristen kendisine sigortalılık tespit istemine ilişkin bir hakkın intikal ettiği ölüm tarihinde başlamalıdır. Ne var ki muris tarafından sağlığında kullanılmamış ve hak düşürücü sürenin gerçekleştiği bir durumda, artık, hak sahibine intikal edecek bir dava hakkının da söz konusu*

¹⁴² Aslanköylü, 1325. Aynı yönde; Duran, 177.

olamayacağı kuşkusuzdur”¹⁴³ ifadelerine yer vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da konuya ilişkin bir kararında şu görüşe yer vermiştir: “...sözü edilen sürenin, hak sahiplerince açılacak davalarda aynen uygulanması halinde, ortaya telafisi imkansız hak kayıpları ile Anayasal Sosyal Güvenlik haklarına yönelik yasal bir yolun kullanımının fiilen ve hukuken ortadan kalkacağı endişesi çok açıktır. Gerçekten, hak düşürücü sürenin gerçekleşmesine çok az bir süre kala , miras bırakanın ölmesi halinde hak sahibinin, daha sorunu kavramadan ve dava hakkına ilişkin kanıtları toplayıp, davasını açma imkanını sağlayamadan hak düşürücü sürenin gerçekleşmesi durumunda Yasaca amaçlanmayan bir durumun ortaya çıkması olağandır ...sosyal güvenlik hukukunun temel ögeleri ve kabul ettiği ilkeler gereği, hak sahipleri yönünden, muris çalışmalarına ilişkin bir tesbit davası ancak hakkın ortaya çıktığı, ölüm tarihinden başlatılmalıdır. Kuşkusuz, bu ilke, murisin hayatında, tüketip bitirmediği, hak düşürücü sürelerin gerçekleşmediği durumlarda söz konusu olacaktır...”¹⁴⁴

Hukuk Genel Kurulu bu kararı ile hak sahipleri bakımından 5 yıllık dava açma süresinin sigortalının ölüm tarihinden başlayacağına hükmetmiştir. Hukuk Genel Kurulu bu içtihadı ile sigortalı yönünden işlemeye başlamış hak düşümü süresinin duracağını ve hak sahipleri yönünden yeni bir 5 yıllık hak düşümü

¹⁴³ **Y21HD**, 11.07.2005, E. 2005/3052, K. 2005/7320 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde; **Y21HD**, 27.04.1999, E. 1999/2735, K. 1999/2874, **Güzel**, 1999 Kararları, 303.

¹⁴⁴ **YHGK**, 02.12.1998, E. 1998/21-826, K. 1998/855 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

süresinin işlemeye başlayacağını kabul etmektedir.¹⁴⁵ Hukuk Genel Kurulunun bu kararına katılma olacağı bulunmamaktadır. Karara ekli karşı oy yazısında da ifade edildiği üzere, “...yasa açıkça ‘sigortalı’ sözcüğünü kullanmak suretiyle tespit davası açma hakkını sadece sigortalıya tanımıştır ve giderek tek bir hak düşürücü süreye yer vermiş ikinci bir hak düşürücü süreye imkan tanımamıştır.” Bunun yanında sigortalı açısından işten ayrılma sonucunda işlemeye başlayan hak düşümü süresinin zamanaşımı süresinde olduğu gibi durması ya da kesilmesi mümkün değildir.¹⁴⁶

Bir örnekle açıklayacak olursak; Sigortalı 19.07.2007 tarihinde işten ayrılmış, 31.05.2012 tarihinde de hayatını kaybetmiştir. Sigortalının hayatını kaybettiği tarihte dava açma süresinin dolmasına 7 aylık süre kalmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre, sigortalının öldüğü tarih olan 31.05.2012 tarihinde hak sahipleri yönünden 5 yıllık dava açma süresi başlayacaktır. Bu durumda dava açma süresi

¹⁴⁵ Buna karşılık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, davacının aynı işyerinde bu tarihten sonra çalışmasını sürdürmesinin veya 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde tekrar aynı işyerine girerek çalışmasının, hak düşürücü sürenin işlemesine engel olmayacağı ve hak düşürücü sürenin, kesilmesi ve durmasının mümkün bulunmadığını karara bağlamaktadır. **YHGK**, 04.12.1996, E. 1996/21-656, K. 1996/846. Aynı yönde: **YHGK**, 26.02.2003, E. 2003/21-43 K.2003/97 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları);

¹⁴⁶ Yargıtay, Kanunda öngörülen 5 yıllık dava açma süresini hak düşümü süresi olarak nitelendirmekte ancak hak sahiplerinin dava açma süresinin başlangıcı yönünden zamanaşımı süresine ilişkin esasları uygulamaktadır.

31.05.2017 tarihine kadar uzatılmış olmaktadır. Sigortalı yönünden ise, 31.12.2007 tarihinde işlemeye başlayan hak düşümü süresi durdurulmaktadır.

Kanaatimce sigortalının çalışmakta iken ölmesi durumunda, ölüm tarihinin – ki bu tarih aynı zamanda iş sözleşmesinin sona erdiği tarihtir– hak düşürücü sürenin işlemeye başlayacağı tarih olarak dikkate alınması gerekir. Zira, sigortalı muris hayatta iken hak sahiplerinin dava açma hakkı bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, hak sahiplerinin dava açma hakkı ancak murislerinin ölümü ile doğmaktadır. Dava açma süresinin sigortalı murisin ölüm tarihinden itibaren işlemeye başlayacağının kabulü medeni hukukta mirasın intikali kurallarına da uygundur. Bu durumda hak düşürücü sürenin iş sözleşmesinin sona erdiği yılın sonundan itibaren işlemeye başlayacağının kabul edilmesi mümkün değildir.

Sigortalının işyerinden ayrıldıktan sonra diğer bir ifadeyle hizmeti sona erdikten sonra ölmesi durumunda, hak düşürücü süre, sigortalı yönünden işlemeye başlamış olduğundan ve hak düşümü süresinin durması ya da kesilmesi mümkün olmadığından arda kalan süre müteveffanın hak sahipleri bakımından hak düşürücü süre niteliğindedir.

4. Dava Açma Süresinin Niteliği

Dava açma sürenin niteliği konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide çoğunluk tarafından Kanunda düzenlenen 5 yıllık sürenin zamanaşımı süresi olduğu ileri sürülmektedir.¹⁴⁷ Diğer bir kısım yazarlar ise

¹⁴⁷ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 327; **Tunçomağ**, 193; **Duman**, 59; **Öztürk**, Tespit, 40.

bu sürenin hak düşümü süresi olduğu savunmaktadır.¹⁴⁸ Yargıtay'ın görüşüne gelince, Yüksek Mahkeme 5 yıllık dava açma süresinin hak düşümü süresi olduğu yönündeki görüşü istikrar kazanmıştır.¹⁴⁹

a) Zamanaşımı Süresi Görüşü

Güzel/Okur/Canikliolu, söz konusu sürenin zamanaşımı süresi olarak yorumlanmasının ve zamanaşımının kesilmesine ve durmasına ilişkin esasların burada da uygulanmasının doğru olacağını belirtmekte ve bu durumun Kanunun amacına da uygun düşeceğini ifade etmektedir. Yazarlara göre, Kanunun amacı, çalışmaları Kuruma bildirilmemiş olan sigortalıların sosyal güvenlik haklarını korumak olduğuna göre, dava açma süresinin zamanaşımı süresi olarak nitelendirilmesinin bu amaca uygun düşer.¹⁵⁰

Tunçomağ, 5 yıllık dava açma süresinin niteliğinin belirlenmesinde, yasa hükmünün amacına bakılması gerektiğini, bu açıdan söz konusu sürenin yıllanma (zamanaşımı) süresi olarak uygulanmasının doğru olacağını belirtmektedir.¹⁵¹

¹⁴⁸ **Tuncay/Ekmekçi**, 220; **Saraç**, 466.

¹⁴⁹ **YHGK**, 18.06.2008, E. 2008/21429, K. 2008/437, *Aynı yönde*: **YHGK**, 23.06.2004, E. 2004/21-369, K. 2004/371, **YHGK**, 18.10.2006, 2006/10-629, K. 2006/669, **Bilgili**, 160-163.

¹⁵⁰ **Güzel/Okur/Canikliolu**, 327.

¹⁵¹ **Tunçomağ**, 193.

b) Hak Düşümü Süresi Görüşü

5510 sayılı Kanunun 86/9 maddesinde düzenlenen dava açma süresi bazı yazarlarca ise hak düşürücü süre olarak nitelendirilmektedir.¹⁵²

Yargıtay öteden beri verdiği kararlarında söz konusu sürenin hak düşümü süresi olduğuna hükmetmektedir. Yüksek Mahkeme bir kararında, “... 506 sayılı Kanun madde 79/8’de öngörülen süre, hak düşürücü süre olup, zamanaşımı süresinin kesilmesi ya da durmasına ilişkin kurallar burada uygulanmaz”¹⁵³ ifadelerine yer vermiştir.

Dava açma süresinin hak düşümü süresi olduğunu kabul eden Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bir kararında “... işverenin davacı sigortalı için işe giriş bildirgesi ve davalı Kurumun da sigorta sicil numarası vermiş olması nedeniyle, Kurumun prim alacağını kovalama olanağı bulunmasına, kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı yollu evrensel hukuk kuralı ve M.K. nun 2. maddesi uyarınca, artık Kurumun 506 sayılı Kanunun 79/V.’deki hak düşürücü süreye dayanamayacağına göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına oybirliği ile karar verildi” ifadelerine yer vermiştir.¹⁵⁴ Yüksek Mahkemenin bu görüşü hak düşümü süresinin

¹⁵² **Tuncay/Ekmekçi**, 220; **Saraç**, 466; **Centel**, 1990 Kararları, 163.

¹⁵³ **Y10HD**, 10.09.1996, E. 1996/7556, K. 1996/6608. Aynı yönde: **YHGK**, 18.06.2008, E. 2008/21-429, K. 2008/437, **YHGK**, 20.04.1994, E. 1994/10-159, K. 1994/243, **YHGK**, 31.01.2001, E.2001/21-6, K. 2001/14, **Y21HD**, 03.04.2007, E. 2006/6717, K. 2007/5564 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası), **YHGK**, 12.06.1985, E. 1983/10-820, K. 1985/585, **Güzel**, 1985 kararları, 201.

¹⁵⁴ **Y10HD**, 05.01.1983, E. 1982/4387, K. 1983/2 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

niteliđi ile bađdařmamaktadır. Zira hak dűřűmű sűresi taraflarca ileri sűrűlmese bile hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir.

c) Değerlendirme

Feragat edilemeyen sosyal güvenlik hakkının sađlanmasında hizmet tespiti davalarının rolű bűyűktűr. Davanın bu űzelliđi ve sosyal güvenliđin kamu dűzeni ile dođrudan iliřkisi nedeniyle Kanunun 86. maddesinin 9. fıkrasında dűzenlenen 5 yıllık dava ađma sűresinin zamanařımı sűresi olduđunun kabulű uygun olur. Bir iřverene bađlı olarak ęalıřmasına rađmen Kuruma bildirilmediđini hiębir kuřku ve duraksamaya yer vermeyecek ۆlęűde ispatlayan sigortalının yalnızca davayı belli bir sűre ięinde ađmamıř olması nedeniyle Anayasal sosyal güvenlik hakkında mahrum bırakılabileceđinin kabulű műmkűn deđerildir. Dolayısıyla Anayasaya uygun yorum yapıldıđında dava ađma sűresinin zamanařımı sűresi olarak deđerlendirilmesi uygun olur.

Hizmet tespiti davalarında hâkim geręeđin ortaya ęıkması ięin her tűrlű inceleme ve arařtırmayı yapmakla yűkűmlűdűr. Hâkimin re'sen arařtırma yapması dava ađma sűresinin zamanařımı sűresi olarak kabul edilmesini gerektirmektedir. Zira hizmet tespiti davasında hâkimin yapacađı re'sen arařtırma maddi geręeđin tespitine iliřkindir.

Dava ađma sűresinin zamanařımı sűresi olduđunun kabulű halinde, davanın sűresi ięinde aęılıp aęılmadıđı ancak taraflarca zamanařımı def'i olarak ileri sűrűlebilecek, hâkim tarafından gűz ۆnűne alınamayacaktır. Bunun yanında zamanařımının durması ya da kesilmesine iliřkin kurallar da uygulama alanı bulabilecektir. Yűksek Mahkeme her ne kadar dava ađma sűresini hak dűřűmű sűresi

olarak nitelendirmekte ise de, bazı durumlarda dava ama süresinin işlemeyeceğini ya da duracağını kabul etmektedir. Yüksek Mahkemenin içtihatları ile belirlediği bu özel durumlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

E. Uygulamada Hak Düşürücü Süreye İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Sorunlar

1. Kesintili Çalışmalarda Hak Düşümü Süresi

Uygulamada dava açma süresi ile ilgili olarak ortaya çıkan en temel sorunlardan birisi kesintili çalışmalarda hak düşümü süresinin nasıl uygulanacağı sorunudur.

İşçiler, aynı işverene ait işyerine birden çok kez çıktı girdi yapmış olabilirler. Diğer bir ifadeyle, işçilerin işten ayrıldıktan sonra aynı işyerinde veya aynı işverenin başka bir işyerinde çalışmaya başlamaları olanaklıdır. Bu durumda hak düşümü süresinin nasıl uygulanması gerektiği sorusu akla gelir. Öncelikle belirtmek gerekir ki hak düşümü süresinin zamanaşımı süresinde olduğu gibi durması ya da kesilmesi olanaklı değildir. Hak düşümü süresinin bu özelliği dikkate alındığında kesintili çalışmalarda 5 yıllık sürenin her çalışma dönemi için ayrı ayrı hesaplanması gerektiği açıktır.

Yüksek Mahkeme önceki yıllarda verdiği kararlarında, sigortalının işyerinden ayrıldıktan sonra tekrar aynı işyerinde veya aynı işverenin başka bir işyerinde çalışmaya başlaması durumunda hak düşürücü sürenin ikinci çalışma esas alınarak

hesaplanması gerektiğini hükme bağlamıştır.¹⁵⁵ Ancak zaman içinde Yüksek Mahkeme bu görüşünü değiştirmiş ve isabetli olarak sigortalının tekrar aynı işverene ait işyerine girerek çalışmasının, hak düşürücü sürenin işlemesine engel olmayacağını kabul etmiştir.¹⁵⁶ Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, “*Davacının tespitini istediği çalışmaların 1983–1987 yılları arasında geçtiği, Mahkemeye, 07.12.1994 tarihinde başvurulduğu hizmetin geçtiği yılın sonu olan 1987 yılından, dava tarihine kadar hak düşürücü sürenin fazlasıyla geçtiği (...) anlaşılmaktadır. Öte yandan, davacının aynı işyerinde bu tarihten sonra çalışmasını sürdürmesinin veya 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde tekrar aynı işyerine girerek çalışmasının, hak düşürücü sürenin işlemesine engel olmayacağı ve hak düşürücü sürenin, kesilmesi ve durmasının mümkün bulunmadığı hukuksal gerçeği de ortadadır*”¹⁵⁷ ifadelerine yer vermiştir.

¹⁵⁵ **Y10HD**, 22.11.1988, E. 1988/6391, K. 1988/6564, **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 328-329; Aynı yönde: **Y10HD**, 21.11.1979, E. 1979/4275, K. 1979/9287, **Tuncay**, 1979-1983 Kararları, 303.

¹⁵⁶ **Y10HD**, 01.10.2002, E. 2002/6289, K. 2002/6890, **Aslanköylü**, 1316; **YHGK**, 03.03.2004, E. 2004/21-139, K. 2004/117, **Bulut**, 690.

¹⁵⁷ **YHGK**, 04.12.1996, E. 1996/21-656, K. 1996/846. Aynı yönde: **YHGK**, 25.06.1997, E. 1997/21-403, K. 1997/604, **YHGK**, 31.01.2001, E. 2001/21-6, K.2001/14, **YHGK**, 26.02.2003, E. 2003/21-43 K.2003/97 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programları); **Y10HD**, 29.12.2005, E. 2005/10148, K. 2005/14181, **Bilgili**, 146. **Y21HD**, 28.04.2011, E. 2010/4807, K. 2011/4004, **Y21HD**, 20.06.2011, E. 2010/5632, K. 2011/5858 (Kazancı İctihat Bilgi Bankası).

Yargıtay'ın bu görüşü hak düşümü süresinin genel mantığına da uygundur. Zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere, hak düşümü süresinin durması ya da kesilmesi söz konusu değildir.

2. İşçi Statüsünden Memur Statüsüne Geçme Halinde Hak Düşümü Süresi

Kamuya ait işyerlerinde işçi olarak çalışmakta olan sigortalının işyeri değişmeksizin aynı kamu kurumunda kamu görevlisi olarak çalışmasını sürdürmesi durumunda ilk dönem çalışması bakımından hak düşürücü sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı sorusu akla gelebilir.

Bir görüşe göre, maddede geçen hizmet kavramı sigortalı hizmeti ifade etmektedir. Sigortalının T.C. Emekli Sandığı Kanununa tabi olarak çalışmaya başlamasıyla birlikte sigortalı niteliğindeki hizmeti sona erdiğinden hak düşürücü sürenin de bu tarihten itibaren hesaplanması yasanın sözüne ve özüne uygun olacaktır. Bunun yanında sigortalı memur statüsüne geçmesiyle birlikte iş güvencesine kavuşmakta ve sırf işveren aleyhine tespit davası açtığından işine son verilmesi riski de ortadan kalkmaktadır.¹⁵⁸

21. Hukuk Dairesi, sigortalının çalışmasının sona ermesinin ardından Emekli Sandığına tabi olarak çalışmaya başlaması durumunda hak düşümü süresinin kesilmesi gerektiğini karara bağlamıştır.¹⁵⁹ Buna karşılık Yargıtay 10. Hukuk Dairesi böyle bir durumda 5 yıllık dava açma süresinin kesilmeyeceğini karara

¹⁵⁸ Aslanköylü, 2009, 1323.

¹⁵⁹ Y21HD, 14.11.2007, E. 2007/14964, K. 2007/20635, Güzel/Okur/Caniklioglu, 329.

bağlamaktadır.¹⁶⁰ Diğer bir ifadeyle dava açma süresi, sigortalının işçi statüsünden memur statüsüne geçildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.¹⁶¹ Buna karşılık 16.12.1999 tarihli karara ekli karşı oy yazısında, sosyal güvenlik hukuku yönünden T.C. Emekli Sandığına bağlı olunmasının işten ayrılma anlamına gelmeyeceği, sigortalının aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği, bu nedenle ilk dönem çalışması bakımından hak düşümü süresinin işlemeye başlamayacağı haklı olarak belirtilmiştir.¹⁶²

Kanımızca karşı oy yazısında haklılık payı bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme istikrarlı olarak sigortalının işyerinde çalışmakta iken hizmet tespiti davası açmasının beklenemeyeceğini kabul etmektedir. Bu gerekçenin burada da geçerliliğini koruduğunun kabulü uygun olur. Sigortalı, işçi statüsünden memur statüsüne geçmiş ve daha kapsamlı bir iş güvencesine sahip olmuş ise de çalışmasını aynı işyerinde sürdürdüğüne göre, işverenin otoritesi altındadır ve işverene karşı dava açması her zaman kolay olmayabilir. Yargıtayın istikrar kazanmış görüşü doğrultusunda hak düşümü süresinin işlemeye başlamayacağının kabul edilmesi daha isabetlidir.¹⁶³

¹⁶⁰ **Y10HD**, 12.07.2010, E. 2009/48, K. 2010/10912, **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 329.

¹⁶¹ **YHGK**, 02.05.1997, E. 1997/10-142, K. 1997/406 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde: **Y10HD**, 16.12.1999, E. 1999/8942, K. 1999/9230, **Aslanköylü**, 1317; **Y10HD**, 16.12.1999, 8942/9230; **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 329; **Güzel**, 1999 Kararları, 304.

¹⁶² Nitekim Yüksek Mahkeme de eski tarihli bir kararında aynı işverene bağlı olarak aynı işyerinde çalışma sürdükçe hak düşürücü sürenin işlemeyeceğini kabul etmiştir. **Y10HD**, 17.04.1984, E. 1984/1899, K. 1984/2130, **Güzel**, 1987 Kararları, 259.

¹⁶³ **Güzel**, 1999 Kararları, 304.

3. Sigortalının Aynı Davada Birden Çok İşverene Ait İşyerlerindeki Çalışmalarının Tespitini Talep Etmiş Olması

Sigortalının aynı davada birden çok işyerindeki çalışmalarının tespitini talep etmiş olabilir. Birden çok işveren aleyhine açılmış böyle bir davanın her işveren bakımından tefrik edilip ayrı esaslara kaydedilerek görülmesi gerekir. Buna karşılık her nasılsa mahkemece tefrik kararı verilmemişse, her işverene karşı hak düşümü süresi sigortalının o işverene ait işyerinden ayrıldığı tarihi takip eden yılın sonundan itibaren ayrı ayrı işletilmelidir.

F. Hak Düşümü Süresinin Söz Konusu Olmadığı Durumlar

1. İşverence Verilmesi Gereken Belgelerin Kuruma Verilmiş Olması

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğine göre, işverence Kuruma verilmesi gereken belgeler olan işe giriş bildirgesi ile aylık prim ve hizmet belgesinin işverence Kuruma verilmiş olması durumunda hak düşümü süresinden söz edilemez.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında bu konuya ilişkin şu ifadelere yer vermiştir: “İşverenin, sigortalılara ilişkin hangi belgeleri kuruma vermesi gerektiği Kanunun 79/1. maddesinde açıkça ifade edildiği üzere yönetmeliğe bırakılmıştır. Atıf yapılan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde, işverence kuruma verilecek belgeler; işe giriş bildirgesi, aylık sigorta primleri bildirgesi, dönem bordrosu vd. şeklinde sıralanmıştır. Bu belgelerden birisinin dahi kuruma verilmiş olması veya

*kurumca, fiilen ya da kayden sigortalı çalışma olgusunun tespiti halinde hak düşürücü süreden söz edilemeyecektir.”*¹⁶⁴

Yargıtayın açıkladığı görüş yerindedir. Zira işverence verilmesi gerekli olan belgeler Kuruma verilmiş ise artık Kurum çalışma olgusundan haberdar olmuştur. Kurumun bu çalışmanın devam edip etmediğini, sona erip ermediğini denetleme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasının yarattığı olumsuz sonuçların sigortalıya yüklenmesinin Kanunun amacına ve hakkaniyete uygun olmayacaktır.¹⁶⁵

Yüksek Mahkeme, işverence verilmesi zorunlu olan belgelerin yasada öngörülen süre içinde verilmemiş olmakla birlikte, hak düşürücü süre geçmeden verilmesi durumunda hak düşümü süresinden söz edilemeyeceğini karara bağlamaktadır. Buna karşılık hak düşümü süresi geçtikten sonra verilen işe giriş bildirgesi ya da aylık prim ve hizmet belgesinin hak düşümü süresini yeniden canlandırması mümkün değildir. Yargıtay bir kararında, “... *Yönetmelikte tespit edilen belgeler kapsamında işe giriş bildirgesinin verilmesi durumunda, bildirmede öngörülen işe başlama tarihinden sonrası için hak düşürücü süreden bahsedilemez.*

¹⁶⁴ **YHGK**, 27.07.2008, E. 2008/21-163, K.2008/207 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası). *Aynı yönde: Y10HD*, 29.11.2007, E. 2007/1406, K. 2007/20091, **Y10HD**, 11.05.1990, E. 1990/4606, K. 1990/4607. **Centel**, 1990 Kararları, 163. *Ayrıca bkz. Centel*, 1984 Kararları, 243; **Şakar**, 1988 Kararları, 216; **Y10HD**, 05.06.2003, E. 2003/4045, K. 2003/4718, **Çolak/Öztürk**, 140-141.

¹⁶⁵ İşe giriş bildirgesinin Kuruma verilmesinin, işverenin çalıştırdığı sigortalıları Kuruma bildirme yükümlülüğüne, hizmet tespiti davası ile sigortalıya tanınan olanağın ise işverenin prim belgeleri ile diğer bazı belgeleri verme yükümlülüğüne ilişkin olduğu görüşü için bkz. **Centel**, 1984 Kararları, 244.

Ne var ki, işe giriş bildirgesinin de, yine, yasada öngörülen hak düşürücü süre dahilinde Kuruma verilmesi gerekir. Zira, hak düşürücü sürenin geçirilmesi hakkın özünü ortadan kaldırdığından, bu sürenin geçirilmesinden sonra işe giriş bildirgesinin Kuruma verilmesi ya da sonradan primlerin ödenmesinin, hak düşürücü süreyi yeniden canlandırması mümkün değildir”¹⁶⁶ ifadelerine yer vermiştir.

2. Çalışmanın Sosyal Güvenlik Kurumunun Denetim Elemanlarınca Tespit Edilmiş Olması

Sosyal Güvenlik Kurumunun kontrol ve denetlemeye yetkili elemanları tarafından gerçekleştirilen denetimler sonucunda kişinin işyerinde çalıştığının tespit edilmesi durumunda hak düşümü süresinin geçtiğinden söz edilemeyeceği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Yüksek Mahkeme bir kararında, “*Davacının çalışmasına ilişkin belgelerin işveren tarafından kuruma verilmediği, ancak çalışmalarının müfettiş raporu ile Kurumca tespit edildiği görülmektedir. 29.04.1994 tarihli teftiş raporuna göre işyerinde fiilen çalıştığı belirlenen davacının çalışmalarının, mevcut belgeler itibariyle 17.01.1988 tarihinde başladığına dair tesbitin yapılması karşısında bu tarihten önceki hizmetlerin hak düşürücü süreye uğradığı, 1988-1994 tarihleri arasında geçen çalışmaları yönünden ise Yasada öngörülen şekilde kurumca tesbitinin yapılması sebebiyle hak düşürücü sürenin söz konusu olmayacağı, ... gözönünde bulundurularak 17.01.1988-14.02.1994 tarihleri arasındaki hizmet süresinin kabulü 01.07.1973-16.01.1988 tarihleri arasındaki*

¹⁶⁶ **Y10HD**, 25.10.2007, E. 2006/19694, K. 2007/17620 (Neohukuk İctihat Bilgi Bankası).

*istemin ise hak düşürücü süreden reddine karar vermek gerekirken davanın tümünün kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir” ifadelerine yer vererek yerel mahkeme hükmünü bozmuştur.*¹⁶⁷

Yüksek Mahkemenin burada ortaya koymuş olduğu görüş yerindedir. İş Kanununun 92. maddesinin 3. fıkrasında, çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri tarafından tutulan tutanakların aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli oldukları hükme bağlanmıştır. Sigortalının işçilik alacaklarının tahsili amacıyla açtığı davada iş müfettişlerince tutulan tutanaklar açılacak olan hizmet tespiti davasında yazılı ve güçlü delil niteliğindedir. Davalı Kurumun hizmet tespiti davasında tutanaklarda tespit edilen olguların aksine bir savunma yapması dürüstlük kuralları ile bağdaşmaz. Kurumun ihmali davranışının yarattığı olumsuz sonuçlar sigortalıya yüklenmemelidir. Buna göre, tespiti istenen döneme ilişkin müfettiş tutanağının bulunması durumunda hak düşümü itirazının kabul edilmemesi gerekir.

3. Kamu Kurumlarında Geçen Çalışmalar

Yargıtay tarafından kamu kurumlarında geçen çalışmalarda sigortalının ücretinden prim kesildiğini gösteren belgelerin bulunması durumunda hak düşümü süresinin işlemeyeceği kabul edilmektedir. Yüksek Mahkeme bir kararında “... *davacı sigortalının iddia ettiği döneme ilişkin kimi çalışmalar Kurum kayıtlarında gözükmemekle birlikte, çalışıldığı iddia edilen kuruluş kayıtlarında yer almaktadır. Çalışılan işyeri bir kamu kuruluşudur. Bu tür kuruluşlarda ise, çalışmaların kayıtlara geçirilmesi asıldır. Davacı sigortalının çalışmaları Kamu kuruluşu kayıtlarında yer aldığı gibi, kendisinden sosyal sigortalar primleri dahi kesilmiş,*

¹⁶⁷ **Y21HD**, 29.09.2004, E. 2004/3360, K. 2004/7279, ÇTD, S: 5, 314-315.

*hakkında, prim bordroları ilişkin olduğu dönemde düzenlenmiştir. Bu durumda, bu çalışmaların ayrıca Kurum kayıtlarında gözükmemesinden davacı sigortalının herhangi bir ihmal veya kusuru söz konusu olamaz. Kaldı ki Sosyal Sigortalar Kurumunun da bir kamu kuruluşu olduğu gözönünde tutulursa, iki kamu kuruluşunun arasındaki ilişki veya işlemlerde davacının etkilenmesi düşünülemez. Davacı hakkında resmi nitelikli işveren tarafından 506 sayılı Yasanın 79/8. maddesinde sözü edilen yönetmelikte öngörülen prim belgelerinin düzenlenmesi ve bu belgelerin mevcut olması karşısında, artık, hak düşürücü süreden sözedilemez ve bu çalışmalardan davacının yoksun bırakılması kabul edilemez” görüşlerine yer vermiştir.¹⁶⁸ Karara ekli karşı oy yazısında **Arslanköylü**, yönetmelikte tespit edilen belgelerden hiçbirinin işverence Kuruma verilmediği, çalışmanın sona erdiği yılın sonundan itibaren dava tarihine kadar 506 sayılı Yasanın 79. maddesinin 8. fıkrasında öngörülen on yıllık hak düşürücü sürenin fazlasıyla geçtiği sabit olduğuna göre, davanın hak düşümü yönünden reddi yönündeki yerel mahkeme kararının onanması gerektiğini ileri sürmüştür.*

Benzer uyuşmazlıklar Hukuk Genel Kurulunun da önüne gelmiştir. Hukuk Genel Kurulu bir kararında, “*Olayda, işveren idarenin işyeri kayıtlarını usulüne uygun olarak düzenlendiği, davacıya ait ücret bordrolarını tuttuğu ve ödenen ücretlerden sigorta primlerini kestiği tartışmasızdır. Öbür yandan, davacının iş ve sosyal sigorta mevzuatını öngördüğü sigorta hak ve yükümlülüklerini yerine getirdiği, dosyadaki bilgi ve belgelerden açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumda,*

¹⁶⁸ **Y10HD**, 07.06.1993, E. 1993/5181, K. 1993/6175, **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 328, dn 144. Aynı yönde: **Y10HD**, 26.12.2005, E. 2005/10471, K. 2005/13854, **Bilgili**, 255.

yönetmelikle tespit edilen belgelerin, işveren tarafından düzenlenmediği söylenemez. Giderek, anılan belgelerin gerçeği yansıtmadığı, sahte olduğu iddia ve ispat edilmiş de değildir. Esasen, bu işyerinin resmi bir kuruluş olması nedeniyle davacıyla ilgili belgelerin düzenlenmesi yönünden muvazaadan söz edilemeyeceği de açıktır. Ne var ki, sözü edilen belgelerin yasal süresi içerisinde Kuruma gönderildiği ve primlerin de yatırılmış olduğu işveren idarece ifade edilmesine karşın, davalı Kurum bu belgelerin ve primlerin kayıtlarına intikal etmediğini bildirmiş ve bunun üzerine de işveren tarafından on yıllık yasal süre geçtikten sonra tekrar düzenlenip gönderilen belgeleri ve primleri de bu defa Kurum kabul etmemiştir. Bu durumda, ilk defa, yasal süresi içerisinde düzenlenen söz konusu belgelerin ve kesilen primlerin bilgisizlik, kayıtsızlık, ihmal ve muhasebe hatası sonucu Kurum kayıtlarına intikal etmemiş veya bu kayıtlarda gözükmemiş bulunmaması da mümkündür. Bundan başka, Kurumun, denetlemeye yetkili elemanları eliyle yasa, tüzük ve yönetmelik hükümleri gereğince işyeri ve kayıtlar üzerinde belirli zamanlarda yapmakta oldukları denetlemelerle, sürdükleri yasal noksanlıkları bildirme, örneğin, işverenlerin yükümlülüklerini, Anayasa'dan kaynaklanan sosyal güvenlik ilkelerine uygun biçimde yapmaları konusunda işvereni uyarma görevini yerine getirmediği de açık seçiktir. Böyle olunca da, resmi kurumlarda geçen sigortalı çalışmalar nedeniyle işverenin düzenlediği ücret tediye bordrolarından, sigorta primlerini kestiğinin anlaşılması halinde, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumunun 79/8. maddesinde öngörülen on yıllık hak düşürücü sürenin artık bu davada uygulama olanağının bulunmadığı açıktır. Tersisin kabulü ile, Kuruma ve giderek işverene kendi kusurundan yararlanma olanağını tanımak ve bunun yasal ve hukuki sonuçları da sigortalıya yüklemek olur ki, buna ne yasaca ne de hukukça olanak yoktur” ifadelerine yer

vererek yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur. Karara ekli karşı oy yazısında, çoğunluğunun görüşüne itibar edilmesi durumunda SSK m. 79/8'in izlediği amacın değiştirileceği ve öğrenme tarihinden itibaren on yıl içerisinde dava açılması gerektiği şeklinde yasada olmayan bir kuralın getirilmiş olacağı belirtilmiştir.

Öğretide Yargıtayın bu kararı eleştirilmiştir. Bu eleştiri çerçevesinde çalışmanın sona erdiği tarihten itibaren on yıllık süre geçmesine ve işe giriş bildirgesi ile bordroların verilmemesine rağmen, salt işyerinin kamu kurumu olması nedeniyle hak düşürücü sürenin uygulanmamasının yerinde olmadığı, hak düşürücü sürenin işlemesine engel olan hususun işe giriş bildirgesinin verilmesi olduğu, kararda ifade edilen görüşe itibar edilmesi durumunda yalnızca kamu kurumlarında değil özel sektörde de hak düşümü süresinin anlamsız hale geleceği, ortaya çıkan durumun sigortalıyı korumak adına, açık kanun hükmünün yorum yoluyla değiştirilmesi anlamına geleceği savunulmuştur.¹⁶⁹

5510 sayılı Kanunun 86. maddesinin 9. fıkrasında hizmet tespiti davasının hizmetin geçtiği yılı takip eden 5 yıl içerisinde açılması gerektiği düzenlenmiştir. Öğretide tartışmalı olmakla birlikte Yargıtayın yerleşmiş içtihadına göre bu sürenin niteliği hak düşümü süresidir. Bunun sonucu olarak, 5 yıllık sürenin geçirilmesinin ardından dava açma hakkı ortadan kalkar. Ancak Yargıtay işe giriş bildirgesinin ve dönem bordrolarının verilmemesine rağmen çalışmanın kamu kurumlarında geçmesi halinde hak düşümü süresinin işlemeyeceğini kabul etmektedir. Anılan karar incelendiğinde dikkat edilmesi gereken husus, sigortalının kamu kurumu kayıtlarında çalıştığını gösteren resmi kayıtların bulunduğu ve sigorta primlerinin kesildiğidir.

¹⁶⁹ Şakar, 1993 kararları, 190-192.

Kesilen bu primlerin Kuruma ödenmemesi işveren kamu kurumunun, Kanunun kendisine yüklediği denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi de Sosyal Güvenlik Kurumunun kusurudur. Davanın hak düşümü süresi içerisinde açılmadığından bahisle işveren kamu kurumunun ve Sosyal Güvenlik Kurumunun kusurlarının bertaraf edilmesi devletin sosyal güvenliği sağlama yükümlülüğü ile bağdaşmayacağı açıktır. Kuşkusuz aynı sonuca sigortalının kamu kurumu işyerinde çalıştığına ilişkin hiçbir kayıt ve belgenin bulunmaması durumunda ulaşılması mümkün değildir. Yüksek Mahkemenin görüşü sınırlı bir alanda geçerlidir. Hak düşümü süresinin uygulanmaması yalnızca sigortalının çalıştığının resmi belgelerle sabit olduğu, sigorta primlerinin kesildiği ve fakat Kurum hesabına aktarılmadığı durumda söz konusu olabilir.

Özel daire ile Hukuk Genel Kurulunun görüşü isabetli olmakla birlikte uygulamada bazı sıkıntılara yol açma ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurma ihtimali bulunmaktadır. Şöyle ki, öğretilerde de haklı olarak belirttiği üzere aynı durumun özel sektör işyerlerinde de ortaya çıkma ihtimali bulunmaktadır. Dolayısıyla aynı şartlar altında çalışan iki sigortalıdan birisinin sırf kamu kurumunda çalışıyor olması nedeniyle hakkında hak düşümü süresinin işlemeyeceğinin kabulü adalet duygusunu zedeleyecektir.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Şakar, 1993 kararları, 190-192.

4. Birden Fazla İşe Giriş Bildirgesinin Verilmesi veya Kesintili Prim Ödenmiş Olması Durumlarında Hak Düşümü Süresi

İşverence verilmiş birden fazla işe giriş bildirgesinin bulunması durumunda ilk işe giriş bildirgesi ile son iş giriş bildirgesi arasındaki geçen çalışmalar bakımından hak düşürücü sürenin işlemeyeceği savunulmaktadır.¹⁷¹

Esasen işe giriş bildirgesinin verildiği durumlarda hak düşürücü sürenin işlemeyeceğini yukarıda ifade etmiştik. İşverence birden çok işe giriş bildirgesinin verilmiş olması ya da kesintili prim ödemesi yapılması durumunda Yargıtayın içtihadı uyarınca gereği hak düşürücü süreden söz edilemeyecektir.

5. İşçilik Alacaklarına İlişkin Davada Verilen Hükümün Hak Düşürücü Süreye Etkisi

İşçiler, işçilik alacaklarının tahsili amacıyla işveren aleyhine dava açmış olabilirler. İşçi tarafından açılan bu tür davalar nitelik itibariyle birer eda davasıdır. Bu davalardan özellikle kıdem tazminatı gibi hizmet süresinin esas alındığı alacak taleplerine ilişkin olanlarda davacının davalı işveren nezdinde çalıştığı süre de belirlenmiş olmaktadır. Bu nedenle işçilik alacaklarına ilişkin davada verilen hükümün hizmet tespiti davası açma süresine etkisinin gözden geçirilmesi gerekir. Belirtmek gerekir ki, işçilik alacaklarına ilişkin davada Sosyal Güvenlik Kurumu hasım olmadığından verilen hüküm Kurum yönünden bağlayıcı değildir. Nitekim Yüksek Mahkemeye göre de, işçilik alacaklarına ilişkin davada verilen karar hizmet tespiti davası bakımından kesin hüküm oluşturmaz bununla birlikte kuvvetli delil

¹⁷¹ Aslanköylü, 2009, 1332.

niteliğindedir.¹⁷² İşçinin, işçilik alacaklarının tahsili amacıyla işveren aleyhine dava açması hizmet tespiti davası bakımından hak düşümü süresinin işlemesine engel olmaz.¹⁷³

6. Kurum Hasım Gösterilmeden Açılan Hizmet Tespiti Davasının Hak Düşümü Süresine Etkisi

Hizmet tespiti davalarında Kuruma da husumet yöneltilmesi gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Sigortalı, hizmet tespiti davasını Kurumu hasım göstermeksizin ikame etmiş ve her nasılsa mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş ise hükmün infazı için Kuruma karşı açılacak olan ikinci davanın hak düşümü süresinin geçirildiği gerekçesiyle reddine karar verilemez. Yüksek Mahkeme bir kararında bu durumu açıklamak üzere şu görüşlere yer vermiştir: “*Dava ... kesinleşen mahkeme kararının infazı istemine dair olup, mahkemece davanın hak düşürücü sürenin geçmiş olması gerekçesiyle reddine karar verilmiştir. Davacının işveren aleyhine ... açtığı hizmet tespiti davasının kesinleşmesinden sonra, kararın infazı için ... Sosyal Sigortalar Kurumuna başvurduğu böylece Kurumun karardan haberdar olduğu anlaşıldığından ... hak düşürücü süreden bahsedilemez.*”¹⁷⁴

7. İş Sözleşmesinin Askıya Alınması Halinde Hak Düşümü Süresi

İşçi çalışmakta iken işverence ücretsiz izne gönderilmesi ya da iş akdinin hastalık, sakatlık, askerlik gibi başka bir nedenle askıya alınması durumunda hak

¹⁷² **Y10HD**, 30.01.1996, E. 1996/512, K. 1996/502. **Duman**, 102.

¹⁷³ **Y10HD**, 21.12.1998, E. 1998/9001, K. 1998/9146, **Aslanköylü**, 1317.

¹⁷⁴ **Y10HD**, 14.12.2006, E. 2006/12383, K.2006/16421, **Bilgili**, 296.

düşümü süresi işlemeye başlayıp başlamayacağı sorusu akla gelebilir. İş akdinin askıya alınması durumunda işçi yönünden iş görme borcu işveren yönünden de ücret ödeme borcu askıya alınmış olur. Buna karşılık iş sözleşmesi varlığını sürdürür. Bu nedenle iş akdinin askıya alınması durumunda hak düşümü süresi işlemeyecektir.

Doktrinde iş sözleşmesi feshedilerek gidilen muvazaaf askerlik döneminde de hak düşürücü sürenin işlemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Yargıtay ise bir kararında, “*Askerlik süresince hizmet akdi askıdadır. Bu süre, zarfınca hakdüşürücü süre işlemez. Sigortalı askerlik dönüşü uygun bir sürede aynı işyerine girmişse askerlikten önceki çalışmalar hak düşürücü süreye uğramaz*” ifadelerine yer vermiştir.¹⁷⁵ Yargıtay, davacının askerlik hizmetinin ifasından sonra aynı işverene ait işte çalışmaya başlaması durumunda hak düşümü süresinin ikinci çalışma esas alınarak hesaplanması gerektiğini karara bağlamıştır.¹⁷⁶ Belirtmek gerekir ki İş Kanununun 30. maddesine göre, muvazzaf askerlik hizmetinin ifası sırasında iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Bunun gibi askerlik hizmeti sonrasında işçi işe başlamak istediği takdirde işverenin akit yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Buna karşılık İş Kanununun 31. maddesinin 1. fıkrasında kısa dönem askerlikte iş sözleşmesi 60-90 gün süreyle askıya alınır. Yargıtayın anılan kararlarında ise, her halde iş sözleşmesi askıya alınıyormuş gibi bir değerlendirme yapılmıştır. Ancak işçinin askerlik hizmeti sonrasında yeniden işe başlayabilmek için daha önce dava açmayı göze alamayacağı düşünüldükçe her halde hak düşümü süresinin işlemeyeceği sonucuna varılması uygun olur.

¹⁷⁵ **Y10HD**, 26.11.1998, E. 1998/8398, K. 1998/8408, **Aslanköylü**, 1317; *Aynı yönde*: **Y10HD**, 08.07.2003, E. 2003/5435, K. 2003/5625, **Bilgili**, 104.

¹⁷⁶ **Y10HD**, 08.07.2003, E. 2003/5435, K. 2003/5625, **Bilgili**, 104.

Mevsimlik blok çalışmada, çalışılmayan dönemde hizmet akdi askıda olduğundan 5 yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı, blok çalışmanın sona erdiği yıldır.¹⁷⁷

¹⁷⁷ **Y10HD**, 13.06.2005, E. 2005/3389, K. 2005/6406. **Bilgili**, 149.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGILAMA USULÜ

§ 8. — GÖREV VE YETKİ

Belirli bir davaya aynı yargı kolunda, hangi yerde, hangi hukuk mahkemesi tarafından bakılacağını düzenleyen kurallara görev ve yetki kuralları denir.¹⁷⁸ Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri kanunla düzenlenir (AY m.142). Bu anayasal ilkenin temelinde yatan düşünce Anayasanın 37. maddesinde düzenlenen ve hiç kimsenin tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı anlamını taşıyan tabii hâkim ilkesidir.

Genel mahkemelerin görev ve yetkileri esas itibarıyla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda ve 469 sayılı Mahkemeler Teşkilâtı Kanununda¹⁷⁹ düzenlenmiştir. Özel mahkemelerin görev ve yetkileri ise özel kanunlarla düzenlenmiştir. 30.01.1950 tarihinde kabul edilen 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla¹⁸⁰ ülkemizde işçiler ile işveren ve işveren vekilleri arasında doğacak uyuşmazlıklara bakmak üzere iş mahkemeleri kurulmuştur.

5510 sayılı Kanunun 101. maddesinde, bu Kanunun uygulaması ile ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların da İş Mahkemelerinde görüleceği hükme bağlanmıştır.

¹⁷⁸ **Postacıoğlu**, 99; **Kuru**, Usul, 160; **Üstündağ**, 139; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 119; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 107.

¹⁷⁹ **RG**, 26.04.1924/ 69; Bilgi için bkz. **Kuru**, Usul, C. I, 52 ve 164.

¹⁸⁰ **RG**, 04.02.1950/7424.

I. Görevli Mahkeme

Görev kuralları, bir davaya o yargı çevresindeki genel veya özel mahkemelerden hangisi tarafından bakılacağını belirten kurallardır.¹⁸¹

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 86. maddesinin 9. fıkrasında, “*Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemelerine başvurarak, alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme ilamında belirtilen aylık kazanç toplamı ve prim ödeme gün sayıları dikkate alınır*” ifadelerine yer verilerek hizmet tespiti davasında görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu açıkça belirtilmiştir. Aynı bir iş mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ise görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Asliye hukuk mahkemesi iş mahkemesi sıfatıyla görüp karar bağladığı bu tür davalarda iş mahkemelerinde geçerli olan usul ve esaslara göre yargılama yapar (İMK m.1/3).¹⁸² Davanın iş mahkemesi sıfatıyla açılmamış olması nedeniyle görevsizlik kararı verilemez. Hâkim, davaya iş mahkemesi sıfatı ile baktığını belirterek davaya bakmaya devam eder.¹⁸³

Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olup (HMK m. 1) mahkeme yargılamanın her aşamasında görevli olup olmadığını re’sen inceler ve görevsiz

¹⁸¹ Postacıoğlu, 99; Kuru, Usul, C. I, 164.

¹⁸² Kuru/Arslan/Yılmaz, 777; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 93; Bir yerde birden çok Asliye Hukuk Mahkemesi bulunuyorsa, iş davalarına bakmak üzere yalnızca bir tanesi görevlendirilir. Kuru, Usul, C. V, 5593; Kılınç, 386; Günay, İş, 34.

¹⁸³ Kuru, Usul, C. V, 5591; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 93.

olduğu kanaatine varırsa görevsizlik kararı verir.¹⁸⁴ Görev kurallarına aykırılık hüküm kesinleşinceye kadar ilk derece mahkemesi ve Yargıtay tarafından re'sen göz önüne alınır ve taraflarca da yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Hüküm kesinleştikten sonra görev itirazında bulunulamaz ve görev kurallarına aykırı davranılmış olması yargılamanın yenilenmesine neden olmaz.¹⁸⁵

Mahkeme görevsizlik kararı verdiğinde görevli mahkemeyi belirleyip, dosyanın bu mahkemeye gönderilmesine de karar vermelidir. Belirtmek gerekir ki bu durumda mahkeme yalnızca gönderme kararı verir. Dosyayı kendiliğinde görevli mahkemeye göndermez.¹⁸⁶

Görev itirazının reddi ara karar niteliğindedir. Bu nedenle ancak hüküm ile birlikte kanun yoluna götürülebilir. Görevsizlik kararı ise usule ilişkin nihai bir karar olduğundan bu karara karşı istinaf yoluna başvurulması mümkündür.¹⁸⁷

Görevsizlik kararı verilmesi üzerine, taraflardan birinin,¹⁸⁸ bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş

¹⁸⁴ **Kuru**, Usul, C. I, 309.

¹⁸⁵ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 129.

¹⁸⁶ **Üstündağ**, 150 vd.;**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 117.

¹⁸⁷ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Geçici 3. maddesine göre, Bölge Adliye Mahkemelerinin Resmi Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun temyize ilişkin hükümlerinin uygulanmasına devam olunacaktır. Bu nedenle görevsizlik kararının temyizinden söz etmek doğru olacaktır.

ise kararın kesinleştığı tarihten, kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde, bu mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK m. 20).

Görevsizlik kararı üzerine dosya kendisine gönderilen mahkemenin davaya bakmak zorunda olup olmadığı konusuna gelince, burada ikili bir ayrım yapmak gerekir. Görevsizlik kararı kanun yolundan geçerek kesinleşmiş ise dosya kendisine gönderilen mahkeme, görevsizlik kararı ile bağlıdır. Buna mukabil, görevsizlik kararı kanun yoluna götürülmeksizin kesinleşmiş ise dosya kendisine gönderilen mahkemeyi bağlamaz, bu mahkeme de görevsizlik kararı verebilir. Bu durumda olumsuz görev uyuşmazlığı ortaya çıkmış olur ve yargı yerinin tespiti yoluna gidilir (HMK m. 21).

II. Yetkili Mahkeme

Yetki, davaya hangi yerdeki özel ya da genel mahkeme tarafından bakılacağını ifade eder.¹⁸⁹ Sigortalı ya da hak sahiplerinin hizmet tespiti davasını iş mahkemelerinde açacağını yukarıda belirtmiştik. Acaba sigortalı ya da hak sahipleri bu davayı hangi yerdeki iş mahkemelerinde açabilecektir?

¹⁸⁸ 1086 sayılı HUMK döneminde görevli (ya da görevsiz) mahkemeye başvurma hakkının davalıya da tanınması gerektiği ileri sürülmüştür. **Kuru**, Usul, C. I, 335. 6100 sayılı HMK'da bu hak davanın taraflarına tanınmıştır.

¹⁸⁹ **Postacioğlu**, 127; **Üstündağ**, 194; **Kuru**, Usul, C. I, 380; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 119.

5510 sayılı Kanunun 86. maddesinin 9. fıkrasında hizmet tespiti davasında görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu ifade edilmiş ancak yetkili mahkeme konusunda her hangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Bunun yanında anılan Kanunun 101. maddesinde de Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümü bakımından görevli mahkemelerin iş mahkemeleri olduğu belirtilmiş ancak hangi yer mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle hizmet tespiti davası bakımından yetkili mahkemenin tespit edilmesinde İş Mahkemeleri Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine bakılması gerekir.

İş Mahkemelerinde açılacak her davaya, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili olan mahkemede de bakılabilir (İMK m. 5). Görüldüğü üzere madde, “*İş mahkemelerinde açılacak her dava...*” ibaresini içermektedir. Bunun yanında HMK m. 6’da da genel yetkili mahkemenin davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihte Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenecek yerleşim yeri mahkemesi olduğu öngörülmüştür. Bu hükümlerin birlikte yorumlanması sonucunda, sigortalı veya hak sahipleri tarafından açılacak olan hizmet tespiti davasında yetkili mahkemenin, davalının davanın açıldığı tarihteki ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesi ya da sigortalının işini yaptığı işyerinin bulunduğu yer mahkemesi olacağının kabulü gerekir.¹⁹⁰ Öğretide, yetkili

¹⁹⁰ **Kuru**, El Kitabı, 1022; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 119; **Saraç**, 457; **Duman**, 72-73; **Bilgili**, 17.

mahkemenin İMK m.5'e göre tespit edildiği durumlarda sigortalının aynı zamanda işçi niteliği de taşıması gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir.¹⁹¹

Yargıtay, İMK m.5'in işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklarda geçerli olduğunu, hizmet tespiti davalarında yetkili mahkemenin HUMK m. 9 vd. (HMK m. 5 vd.) maddelerine göre belirleneceğini kabul etmektedir.¹⁹² Esasında, İMK m. 5'teki düzenleme HMK m. 5'teki düzenlemeyi de kapsamaktadır. Bu nedenle Yüksek Mahkemenin böyle bir ayrıma gitmesinin pratikte bir faydası bulunmamaktadır.¹⁹³

¹⁹¹ **Çenberci**, Şerh, 630.

¹⁹² “Dava nitelikçe davalı işyerinde geçen ve Kuruma bildirilmeyen çalışmaların tespitine ilişkindir. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı 506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddesidir. Öte yandan 506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddesine dayalı olarak açılan hizmet tespiti davalarında davalı işveren ve SSK Başkanlığı arasında mecburi dava arkadaşlığı olduğu, davalılardan SSK Başkanlığının süresinden sonra, diğer davalının ise süresinde yetki itirazında bulunduğu uyuşmazlık konusu değildir. Dava konusu olayda uyuşmazlık yetkili mahkemenin belirlenmesinden kaynaklanmaktadır. İster mecburi, ister ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olsun bir davada birden fazla davalı mevcut ise davanın bunlardan birinin ikametgahında açılabilir (HUMK 9/11). Davalılardan SSK Başkanlığının merkezi Ankara'da olmakla birlikte HUMK'nun 17. maddesi gereği şubesinin bulunduğu İstanbul'da da aleyhine dava açılabilmesi mümkündür. Bunun için uyuşmazlığın şube muamelesinden kaynaklanmasına gerek yoktur. Zira Kurumu temsilen Kurum avukatlarının şubenin bulunduğu yerde Kurum aleyhine açılan davaları takibe yetkileri vardır.” **Y21HD**, 11.05.2004, E.2004/4365, K. 2004/4653.

¹⁹³ **Şahlanan**, İş Yargılaması, 406-407.

Yargıtay, öteden beri verdiği kararlarında hizmet tespiti davasının işverenin yanında Sosyal Güvenlik Kurumuna da yöneltilmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır.¹⁹⁴ HMK m. 7'ye göre, davalıların birden fazla olması durumunda, dava bunlardan birinin ikametgâhı mahkemesinde açılabilir. Dolayısıyla hizmet tespiti davalarının, davalılardan biri olan Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının Ankara'da kurulu olması nedeniyle¹⁹⁵ Ankara İş Mahkemelerinde açılabilmesi mümkündür.

Yetkili mahkemenin tespitinde, davalının ikametgâhı mahkemesi belirlenirken davalının davanın açıldığı tarihteki ikametgâhı dikkate alınırken, davacın işini yaptığı işyerinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi uyuşmazlığa konu işin yapıldığı tarihteki işyeri esas alınarak belirlenir. Dava tarihinde işyerinin

¹⁹⁴ Yüksek Mahkeme bir kararında, “506 Sayılı Yasa'nın 79/10. maddesine dayalı hizmet tespiti davalarında (...) Sosyal Sigortalar Kurumu yasal hasım konumunda olup, elde edilecek hükmün sigortalılık hakları yönünden uygulayıcısı konumundadır. Sosyal Sigortalar Kurumu yanında tespiti istenen sürede işyerinde işveren olarak bulunanların tümü kendi hak alanını da ilgilendirdiğinden zorunlu dava arkadaşısıdır. Zira davanın niteliği itibarıyla alınacak ilam, sonuçta SSK tarafından infaza ve böylece sigortalının bu hakkının tesciliyle sigorta primlerinin işverenden tahsiline yol açacağından sigortalıyı çalıştıran gerçek veya tüzel kişilere karşı da açılması gerekir” ifadelerine yer vermiştir. **Y10HD**, 21.11.2005, E. 2005/7867, K. 2005/11916.

¹⁹⁵ 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununa göre, Kurumun merkezi Ankara'dadır (m. 1/2).

kapatılmış olması İMK m.5'teki seçimlik hakkı sona erdirmez.¹⁹⁶ İşyerinin davanın açıldığı tarihte başka bir yere nakledilmiş olması durumunda nakledilen yerdeki iş mahkemeleri yetkili mahkeme olarak kabul edilmez.¹⁹⁷

Bunun yanında uyuşmazlık Kurum şubesinin işleminden kaynaklanmış ise HMK'ya göre davanın Kuruma karşı Kurum şubesinin bulunduğu yerdeki mahkemede açılması mümkündür.¹⁹⁸ Zira HMK m.14/1'e göre, bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir. Yargıtaya göre, *“Dava, işveren tarafından Sosyal Sigorta Kurumu aleyhine açılan prim itiraz komisyonu kararının iptali davası olup, kurum vekili yasaya süresi içinde yetki itirazında bulunmuştur. Davalı kurumun Karabük'te şubesinin bulunmadığı konusunda ise uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu tür davalara kurumun genel merkezi veya uyuşmazlık herhangi bir şubenin işleminden kaynaklanmış ise kurum şubesinin bulunduğu yer mahkemesinde bakılacağı ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 9. ve 17. maddelerinin açık hükümleri gereğidir.”*¹⁹⁹

¹⁹⁶ Sarısözen, 212; Günay, İş, 206.

¹⁹⁷ Günay, İş, 206; Şen, Yetki, 569.

¹⁹⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, 144; Saraç, 457; Öztürk, Tespit, 33.

¹⁹⁹ Y10HD., 11.06.1987, E. 1987/3409, K. 1987/3567, Bozkurt, 159; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında *“...Davaya konu uyuşmazlık Karaman Bağ-Kur İl Müdürlüğü işleminden kaynaklanmaktadır. Tüzel kişilere karşı açılacak davalarda genel yetkili mahkeme, tüzel kişinin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesi olmakla birlikte, şube işlemleri nedeniyle açılacak dava, taraf olarak bağlı bulunan merkez davalı gösterilerek, şubenin bulunduğu yerde de açılabilir. ...Davaya konu kurum işlemi Karaman İl Müdürlüğü'nce yapılmıştır.*

Kesin yetkinin söz konusu olduğu durumlarda, taraflar yargılamanın her aşamasında mahkemenin yetkisine itiraz edebilecekleri gibi mahkeme de yetkili olup olmadığını re'sen araştırır (HMK m. 19/1). Yetkinin kesin olmadığı durumlarda, yetki itirazının davaya cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir. Davalının bu süre içerisinde yetki itirazında bulunmaması durumunda davanın açıldığı mahkeme yetkili hale gelir. Yetki itirazında bulunan taraf, yetkili mahkemeyi, birden fazla yetkili mahkemenin bulunması durumunda seçtiğı mahkemeyi belirtmelidir. Aksi takdirde yetki itirazı dikkate alınmaz (HMK m. 19/2). Yetkisizlik kararı üzerine yapılacak işlemler, görevsizlik kararı üzerine yapılan işlemlerle aynıdır. Bu nedenle bir tekrara düşmemek için konu ile ilgili olarak yukarıda yer verdiğimiz açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesinde düzenlenen yetki kuralları kamu düzenine ilişkindir. Yetkinin kamu düzenine ilişkin olduğu durumlarda taraflar yetki sözleşmesi yapamazlar.²⁰⁰ Kaldı ki, İMK. m.5'te “...*Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz*” denilerek madde hükmü dışında sözleşme serbestisi ortadan kaldırılmıştır.²⁰¹ Bu nedenle, hem İMK. m.5'teki iki yetkiyi bertaraf eden, hem de bu iki yetki yanında başka yetkili mahkeme kabul eden yetki sözleşmeleri geçerli

Davalı Kurum'un Konya'da şubesinin bulunmasına karşın, uyuşmazlığa konu kurum işleminin bu şube muamelesinden kaynaklanmamış olması karşısında, o yer mahkemesi yetkili kabul edilemez. ...” YHGK., 16.04.2008, E. 2008/10-329, K.2008/334, Güzel, 2008 Kararları, 304-305; YHGK, 30.11.1979, E. 1979/1182, K. 1979/1425, Aslanköylü, 1364.

²⁰⁰ Karşı görüşte, **Postacıoğlu**, Yetki, 482.

²⁰¹ **YHGK.**, 12.06.1968, E. 1968/454, K. 1968/448, **Şen**, Yetki, 574, dn 31.

değildir.²⁰² Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir. Yüksek Mahkemeye göre, “...Öngörülen bu düzenleme kamu düzenine ait bir yetki kuralı olup emredici kural olduğundan bu iki mahkeme dışında başka bir mahkemenin sözleşme ile yetkili bulunması imkânı yoktur...”²⁰³ Esasında bu tartışma Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesi ile güncelliğini yitirmiştir. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu, yetki sözleşmesi yapma hakkını yalnızca tacirlere ve kamu tüzel kişilerine tanımış, bunlar haricindeki kişiler arasında yetki sözleşmesi yapılamayacağı belirtilmiştir (HMK m. 17).

§ 9. — BASİT YARGILAMA USÛLÜ

Hizmet tespiti davalarında görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğunu yukarıda belirtmiştik. 01.10.2011 tarihinde Yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu iş mahkemelerinde uygulanmakta olan sözlü yargılama usulüne son vermiş ve iş mahkemelerinde basit yargılama usulünün uygulanacağını öngörmüştür. Anılan Kanunun 316. maddesinde “*Basit yargılama usulü, kanunlarda açıkça belirtilenler dışında, aşağıdaki durumlarda uygulanır: (...) d) Hizmet ilişkisinden doğan davalar*” hükmüne, 447. maddesinde ise “*Diğer kanunların sözlü yahut seri yargılama usulüne atıf yaptığı hâllerde, bu Kanunun basit yargılama usulü ile ilgili hükümleri uygulanır*” hükmüne yer verilmiştir. Hizmet tespiti davaları

²⁰² **Kuru**, El Kitabı, 1022; **Başterzi**, İş Yargısı, 118.

²⁰³ **Y9HD**, 23.06.2003, E. 2003/11081, K. 2003/11772 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

iş mahkemelerinde görüleceğinden bu davalarda da HMK hükümleri doğrultusunda basit yargılama usulü uygulanacaktır.²⁰⁴

Dava, dava dilekçesinin sunulması suretiyle açılır. Davalı işveren veya işverenler ile Kurum dava dilekçesinin kendilerine tebliğinden itibaren iki haftalık süre içerisinde davaya cevaplarını ve tüm delillerini içeren cevap dilekçesi sunmak zorundadır.²⁰⁵ Ancak bu süre zarfında cevap dilekçesi sunmanın çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda mahkemece iki haftalık cevap süresi içerisinde talepte bulunan davalıya bir defaya mahsus olmak üzere, yine iki haftayı geçmeyecek ek cevap süresi verilebilir. Basit yargılama usulünde Kanunun açık düzenlemesi gereğince taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi veremezler (HMK m. 317). Bu nedenle davacının davasını açarken elinde bulunan tüm delilleri sunması, başka yerlerden getirtilmesini talep ettiği delillere dilekçesinde yer vermesi gerekir. Aynı şekilde davalılar da dayandıkları deliller ile başka yerlerden getirtilmesini talep ettikleri delillere cevap dilekçelerinde yer vermek zorundadırlar (HMK m. 318). Basit yargılama usulünde iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar (HMK m. 319).

Mahkemece duruşma açılmaksızın dosya üzerinden karar verilmesinin mümkün olmadığı hallerde, taraflar duruşmaya davet edilir. Hâkim, ilk duruşmada dava şartları ve ilk itirazlarla hak düşürücü süre ve zamanaşımı hakkında tarafları

²⁰⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 768.

²⁰⁵ HMK m. 317/4'te "Dava ve cevap dilekçeleri yönetmelikte belirlenecek formun doldurulması suretiyle de verilebilir" hükmüne yer verilmiştir.

dinler; daha sonra tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşılmadıkları hususları tek tek tespit eder.

Yukarıda yer verilen açıklamaların ardından önemle belirtmek gerekir ki, hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin yönü dikkate alındığında ister istemez basit yargılama usulü kurallarının dışına çıkılması söz konusu olacaktır. Bu kapsamda davacı cevaba cevap dilekçesi verebilecek, davalılar da ikinci cevap dilekçesi sunabileceklerdir. Davaya bakan hâkim de resen araştırma ilkesi gereğince tarafların sunduğu delil listeleri ile bağlı kalmayarak resen delil toplayacak, bu kapsamda bordro tanıklarını tespit ederek ifade vermek üzere duruşmaya davet edebilecektir.

Kanunda, hâkimin uyuşmazlık konusunu tespit ettikten sonra tarafları sulha teşvik edeceği düzenlenmiştir. Hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle sulha ilişkin düzenlemenin bu davalarda uygulanması mümkün değildir. Bu hükmün uygulanacağını kabul edilmesi davadan feragat ve davayı kabul müesseselerinin de uygulanabileceğinin kabulü anlamına gelecektir. Bu konu ileride ayrıntılı olarak açıklandığından, bir tekrara düşmemek amacıyla burada daha fazla bir açıklamaya yer verilmeyecektir.

§ 10. — DAVANIN TARAFLARI

I. Taraf ve Dava Ehliyeti

Taraf ehliyeti, sağ ve tam doğum ile başlar. Cenin, sağ doğmak şatıyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak taraf ehliyetine sahiptir. (TMK m. 28/II, HMK m. 50) Dava ehliyeti ise, kişinin kendisinin veya yetkili kılacağı bir temsilcisinin bir davayı takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir. Dava ehliyeti, fiil

ehliyetinin medeni usul hukukuna yansımış şeklidir.²⁰⁶ Diğer bir ifadeyle, fiil ehliyetine sahip bütün gerçek ve tüzel kişiler dava ehliyetine de sahiptirler. Bu kişilerin dava ehliyeti tam dava ehliyeti olarak adlandırılmaktadır.²⁰⁷ Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların dava ehliyeti ise olmamakla birlikte bu kişiler, a) Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımına ilişkin davalarda, b) Sulh Mahkemesince bir meslek veya sanatın icrası izni verilen vesayet altındaki kimse, bu meslek ve sanatın gereği olarak yaptığı işlemlerle ilgili alacak ve borçları için açılan davalarda c) tasarruf hakkı kendilerine bırakılmış veya kendilerine ait olan serbest mal ve alacaklar için açılan davalarda dava ehliyetine sahiptirler. Ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin fiil ehliyeti bulunmadığından dava ehliyetinden de söz edilemez. Bu kişiler davalarda kanuni temsilcileri tarafından temsil edilirler.²⁰⁸

Tüzel kişilerin de taraf ve dava ehliyeti vardır. Adi şirket ortaklığı ile miras ortaklığı ise tüzel kişiliği bulunmadığından davada taraf ehliyetine sahip değildir. Tüzel kişiler davada yetkili organları tarafından temsil edilirler.

Taraf ve dava ehliyeti dava şartlarındandır ve taraflarca ileri sürülmesine bile hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir (HMK m. 114/1, d).

II. Davacı Taraf

A. Sigortalı

Kimlerin sigortalı sayılacağı konusuna yukarıda değinmiştik. Bilindiği üzere hizmet tespiti davası sigortalı tarafından açılır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel

²⁰⁶ **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 218; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 207.

²⁰⁷ **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 218.

²⁰⁸ **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 226; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 208.

Sağlık Sigortası Kanunu anlamında sigortalı, kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişiyi ifade eder (m.3/I, 6). Anılan Kanunun 7. maddesine göre, sigorta hak ve yükümlülükleri 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya, mesleki eğitime veya zorunlu staja başladıkları tarihten itibaren başlar. Görüldüğü gibi, sigorta hak ve yükümlülüklerinin başlama tarihi fiilen işe başlama tarihidir.²⁰⁹ Yargıtaya göre de salt işe giriş bildirgesinin verilmiş ya da Kuruma gönderilmiş olması sigorta hak ve yükümlülüklerinin doğmasına neden olmaz. Sigortalılığın başlangıcı için eylemli ya da farazi çalışma olgusunun varlığı şarttır.²¹⁰ Bu nedenle hizmet tespiti davasında davacı ancak eylemli, dolayısıyla sigortalı olarak çalıştığı günlerin tespitini talep etme hakkına sahiptir.

B. Hak Sahipleri

Sigortalının ölümü halinde hak sahipleri Sosyal Güvenlik Kurumundan ölüm aylığı, ölüm toptan ödemesi, aylık almakta olan kız çocuklarının evlenme ödeneği ve cenaze ödeneği talep etme hakkına sahiptirler. Ancak hak sahiplerinin ölüm aylığı talep edebilmeleri için Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olanların her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunmaları ve adlarına, toplam 900 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi bildirilmiş olması gerekir.

²⁰⁹ **Güzel/Okur /Caniklioğlu**, 145.

²¹⁰ **Y10HD**, 21.06.1984, E.1984/3455, K.1984/3579; **Güzel/Okur /Caniklioğlu**, 145.

İşverence Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmeyen ve Kurumca da tespit edilmemiş çalışmalar bakımından sigortalılara tanınan dava açma hakkı sigortalının ölümü halinde onun hak sahiplerine de tanınmıştır. Hizmet tespiti davası devam ederken sigortalının ölmesi durumunda da hak sahiplerinin davaya devam etmekte hukuki yararları bulunmaktadır.

C. İşçi Sendikası

Sendikalar Kanununun 32. maddesinin 3. fıkrası gereğince, sigortalının sendikalı olması durumunda işçi sendikasının da sigortalıyı temsilen hizmet tespiti davası açma hakkı vardır.²¹¹

III. Davalı Taraf

A. Genel olarak

5510 sayılı Kanunun 86. maddesinin 9. fıkrasında sigortalının hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak alacağı ilam ile ispatlaması durumunda mahkeme ilamında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Maddede hizmet tespiti davası açma hakkından söz edilmiş; ancak davanın kime karşı açılacağı konusunda bir ibareye yer verilmemiştir. Kanundaki bu boşluk yargı kararları ile doldurulmuş ve hizmet tespiti davasının sigortalıyı çalıştıran işverene ve Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı açılması gerektiği kabul edilmiştir.

²¹¹ **Duran**, 172; **Bilgili**, 14; **Günay**, Sendika, 701.

B. İşveren

1. Genel Olarak

Kimlerin işveren sayılacağı Kanunun 12. maddesinde belirtilmiştir. Anılan maddeye göre, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işverendir. İş Kanununun 2/1 maddesine göre, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denir. Görüldüğü üzere İş Kanunundaki düzenleme 5510 sayılı Kanundaki düzenleme ile aynıdır.

Kanunun 86. maddesinin 9. fıkrasında tespiti istenebilecek hizmet sürelerinin işverence Kuruma bildirilmeyen ve Kurumca da tespit edilemeyen süreler olduğu belirtilmiştir. İşte, hizmet tespiti davası esas olarak Kanundan ve yönetmelikten doğan sigortalıyı Kuruma bildirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverene karşı açılır. Yüksek Mahkemeye göre de hizmet tespiti davalarında kurumla birlikte işverenin de hasım gösterilmesi zorunludur.²¹²

İşverenin dava açılmadan önce ölmesi durumunda, davanın ölmüş kişiye karşı açılması mümkün olmadığından davanın işverenin mirasçılara karşı açılması gerekir. İşverenin dava devam ederken ölmesi durumunda da hizmet tespiti davası mirasçıların malvarlığını etkileyen bir dava olması nedeniyle davanın işverenin tüm mirasçılara karşı devam ettirilmesi gerekir. İşverenin mirasçıları davayı mecburi dava arkadaşı olarak takip ederler.²¹³ Yüksek Mahkeme bir kararında, mirasçıların

²¹² **YHGK**, 04.10.2000, E. 2000/21-1241, K. 2000/1236 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

²¹³ **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 221; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 224.

mirası reddetmelerinin, mirasbırakana ait işyerinde geçen sigortasız hizmetlerin tespitini etkilemeyeceğini, ancak bu hususun primlerin tahsili aşamasında göz önünde bulundurulacağını diğer deyişle sadece primlerin tahsili kabiliyetini ortadan kaldıracağını hükme bağlamıştır.²¹⁴ Anayasal sosyal güvenlik hakkının önemi ve hizmet tespiti davasının kamu düzenine ilişkin boyutu göz önüne alındığında Yargıtay'ın ulaştığı bu sonucun doğru olduğu söylenebilir.²¹⁵

Davanın açıldığı tarihte tüzel kişi işverenin tüzel kişiliğinin sona ermiş olması ihtimali bulunmaktadır. Kuşkusuz, tüzel kişiliğin sona ermiş olması Anayasal sosyal güvenlik hakkının talep edilebilirliğini ortadan kaldırmaz.²¹⁶ Yargıtaya göre, sigortalının işvereni olan şirketin iflas etmiş veya tasfiyesinin devam etmekte olması durumunda husumetin müflise değil, iflas idaresine yöneltilmesi gerekir.²¹⁷ Yüksek Mahkemenin konu ile ilgili diğer bir kararına göre, tasfiye ile tüzel kişiliği sona ermiş bulunan Anonim Şirketin 'ihya yolu ile tasfiye kararı kaldırılarak' yeniden tüzel kişiliğin kazandırılması mümkündür. Bu durumda Mahkemece şirketin ihyası için tasfiye memurları eliyle ticaret siciline husumet yöneltilerek Asliye Ticaret Mahkemesinde ayrı bir dava açması için davacı tarafa uygun bir önel verilmesi ve sonuca göre tüzel kişiliğe tebligat yapılarak davaya devam edilmesi gerekir.²¹⁸

²¹⁴ **Y10HD**, 13.12.1984, 1984/6364, 1984/6417, **Centel**, 1984 kararları, 246-247;

²¹⁵ **Duman**, 85.

²¹⁶ **Caniklioglu**, 2007 kararları, 310.

²¹⁷ **Y10HD**, 01.12.1980, E. 1980/6254, K. 1980/6947, **Güzel/Okur /Caniklioglu**, 333.

²¹⁸ **Y21HD**, 07.05.2007, E. 2006/9102, K. 2007/7610, **Caniklioglu**, 2007 kararları, 310-311.

2. İşveren Vekili

5510 sayılı Kanunun 12. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*İşveren adına ve hesabına, işin veya görülen hizmetin bütünüünün yönetim görevini yapan kimse, işveren vekilidir. Bu Kanunda geçen işveren deyimi, işveren vekilini de kapsar.*”

Maddeden de anlaşılacağı üzere, bir kişinin 5510 sayılı Kanun anlamında işveren vekili sayılabilmesi için işveren adına ve hesabına işin veya görülen hizmetin bütünüünü yönetmesi gerekir.²¹⁹ Kanunda öngörülen şartları taşıyan kişi işveren vekili sayılır ve kanunda belirtilen yükümlülüklerden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olur.

Buna göre, işverenler için getirilen sigortalıları bildirme ve prim ödeme yükümlülüğü işveren vekilleri bakımından da söz konusudur. Dolayısıyla sigortalıların Kuruma bildirilmemesi ve prim ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden işveren ile işveren vekili müştereken ve müteselsilen sorumludurlar.

5510 sayılı Kanunun bu düzenlemesi karşısında, kanımca, hizmet tespiti davasının işveren vekiline karşı açılmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır.²²⁰ İşveren ile işveren vekili arasında doğrudan temsil ilişkisi bulunmaktadır (BK m. 32). Doğrudan temsil ilişkisinde, temsilcinin yaptığı işlemler doğrudan doğruya, başka hiçbir işleme gerek olmaksızın temsil olunanın hukuki hâkimiyet alanında etki ve sonuç doğurur. Bu nedenle hizmet tespiti davası sonucunda Kurumun primleri işveren vekilinden tahsil etmesi durumunda, işveren vekilinin işverene rücu hakkının bulunduğu kabulü gerekir.

²¹⁹ **Güzel/Okur /Caniklioğlu**, 186; **Sözer**, 1991 kararları, 180-181.

²²⁰ **Duman**, 89; **Öztürk**, Tespit, 39.

Yargıtay, 1991 yılında Kurumun prim tahakkukunun iptali talebiyle açılan bir davada verdiği kararında, “*Maddenin anılan fıkrası, 3203 sayılı Kanunla "işveren vekili, bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı aynen işveren gibi sorumludur" şeklinde değiştirilmiş ve işveren vekilinin mali yükümlülüklerden sorumlu olmayacağı yollu kural kaldırılmış, sorumluluk mali konulara da teşmil edilmiştir. ... Yürü(r)lük tarihi olan 01.06.1985 tarihinden sonraki döneme ilişkin (Haziran 1985) istemin reddi 3203 sayılı Kanunla değişik, 506 sayılı Kanun m:4'e uygundur. Fakat, bundan önceki 1984/1-12 dönemine ait primlerden sorumluluk meselesinin, borcun zamanı vukuundaki yasaya, yani 3203 sayılı Kanunla değişiklikten önceki 506 işver(e)nin prim borcunu işveren vekiline ödetmek yetkisine sahip değildir. Kaydı ihtirazı ile ve fuzulen ödenen meblağın Kurumdan istirdadı gerekir”* ifadelerine yer vererek, prim borcundan işveren vekilinin de sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir.²²¹ Buna karşılık Yüksek Mahkeme 1992 tarihli bir kararında, hizmet tespiti davasının işveren vekiline karşı açılmış olması durumunda, husumet yönünden reddedilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.²²²

3. Asıl İşveren–Alt İşveren İlişkisi

5510 sayılı Kanunun 12. maddesinin 6. fıkrasında, “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü*

²²¹ **Y10HD**, 28.05.1991, E. 1991/3730, K. 1991/5299 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

²²² **Y10HD**, 21.12.1992, E. 1992/6393, K. 1992/12603, **Duman**, 89.

kişiyi alt işveren denir. Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur” ifadelerine yer verilerek asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımlanmıştır.²²³ Görüldüğü üzere, Kanun koyucu asıl işvereni Kanunun işverene yüklediği yükümlülükler yönünden alt işveren ile birlikte sorumlu tutmuştur.²²⁴ Asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin hukuki sorumluluğu ile sınırlıdır.²²⁵

Yüksek Mahkeme, asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaâ iddiasının bulunması durumunda mahkemece öncelikle bu iddianın incelenmesi gerektiğini karara bağlamaktadır. Bu konuya ilişkin bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir: *“Davada çözümlenmesi gereken ilk uyuşmazlık, davalı T... Anonim Şirketi ile dava dışı yükleniciler arasında yapılan ... sözleşmelerin muvazaaya dayanıp dayanmadığı ve bunun sonucu olarak da davalı T... Anonim Şirketinin gerçek işveren olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. ... davalı T... Anonim Şirketi ile dava dışı işverenler arasındaki hukuksal ilişkinin muvazaaya dayandığı iddiası ispatlanamadığından, davalı T... Anonim Şirketinin -gerçek- işveren olarak kabulünde isabet bulunmamaktadır.”* Bu kararında Yargıtay, hizmet tespiti

²²³ Asıl işveren-alt işveren konusunda bkz. **Esener**, 78; **Süzek**, 152 vd.; **Çelik**, 45 vd.; **Ekonomi**, İş Hukuku, 53; **Ekonomi**, Üçlü İlişkiler, 21 vd.; **Saymen**, 456-457; **Aykaç**, 3 vd.; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, 38 vd.; **Çankaya/Çil**, 15 vd.; **Canbolat**, 12 vd.; **Arslanoğlu**, 93 vd.

²²⁴ **Canbolat**, 64; **Arslanoğlu**, 126.

²²⁵ **Çankaya/Çil**, 42; Asıl işverenin sorumluluğu hakkında bkz. **Narmanlıoğlu**, 53 vd.

davalarında husumetin sigortalıyı fiilen çalıştıran işverene yöneltilmesi gerektiğini de hükme bağlamıştır. Asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğunun tespit edilmesi durumunda alt işverenin işçileri baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacak, böylece asıl işveren gerçek işveren olarak kabul edilecektir.²²⁶ Ayrıca Yüksek Mahkemeye göre, 506 sayılı Kanunun 87. maddesinde (şimdi SSGSSK m.12) düzenlenen birlikte sorumluluk asıl işveren ile alt işveren arasındaki ekonomik ve mali sorumluluk hukukunun sınırlarını belirlemektedir ve bu düzenleme ile hizmet tespiti davalarının amaçlanmadığı ortadadır.²²⁷

Yüksek Mahkeme 2007 tarihli bir kararında da, adi ortaklığın ihale makamı olarak kabul eden bir yerel mahkeme kararını bozmuş ve adi ortaklığı asıl işveren olarak niteleyerek alt işveren ile birlikte sorumlu tutmuştur.²²⁸

Kanun, 12. maddesinde açıkça asıl işverenin, Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumlu olacağını öngörmüştür. Buna göre, Kuruma bildirilmeyen ve prim ve hizmet belgesi verilmeyen alt işverenin işçisinin açacağı hizmet tespiti davasında husumetin alt işverenle birlikte asıl işverene de yöneltmesinde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Bu görüşe yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay kararının karşı oy yazısında da yer verilmiştir. Zaten birlikte sorumluluğu düzenleyen hükmün amacı, Kurum'un alacaklarını güvence altına almaktır. Nitekim Yargıtay 2008 tarihli bir kararında şu ifadelere yer vermiştir:

²²⁶ Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaa sorunu için bkz. **Aydınlı**.

²²⁷ **Y10HD**, 28.02.2003, E. 2002/8431, K. 2003/1327 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

²²⁸ **Y10HD**, 05.07.2007, E. 2007/10123, K. 2007/11781, **Caniklioğlu**, 2007 kararları, 312.

“Zira, hizmet tespiti davası sonunda verilen ilam doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili söz konusu olacağından ve 87 nci maddenin açık ve buyurucu hükmü karşısında; prim ödeme yükümlüsü olarak asıl borçlu olan aracı ile birlikte müteselsilen sorumlu olan asıl işverenden de bu primler istenebileceğinden hizmet tespiti davalarında husumetin asıl işverene de yöneltilmesi mümkün olup, sonucu itibariyle bu dava asıl işverenin de hak alanını ilgilendirmektedir. Kaldı ki bu yaklaşım çelişkili kararların verilmesini önleyeceği gibi, usul ekonomisi ilkesi yönünden de fayda sağlayacaktır. ... Hal böyle olunca, ... öncelikle; aracı olduğu iddia edilen N. S. ve B. K.'a husumet yöneltilip davaya katılımlarının sağlanabilmesi için davacıya süre verilmelidir...”²²⁹ Ancak şunu da belirtmek gerekir ki hizmet tespiti davasının yalnızca asıl işverene yöneltilmesi mümkün değildir. Husumetin sigortalının hizmet sözleşmesiyle bağlı olduğu alt işverene de yöneltilmesi gerekir. Bu durum davanın sübutu açısından önem taşır.²³⁰ Davanın asıl işveren ile alt işverene karşı birlikte açılması durumunda asıl işverene ile alt işveren arasındaki hukuki ilişki ihtiyari dava arkadaşlığı olarak nitelendirilir.

4. İşyeri Devri, İntikali, Birleşmesi

İşyerinin devri veya miras yoluyla intikal etmesi yahut birleşmesi durumunda hizmet tespiti davasının kime ya da kimlere yöneltileceğinin tespiti önem taşır. Bilindiği üzere, işyerinin devredilmesi durumunda devreden işverenle bağitlanmış

²²⁹ **Y10HD**, 15.09.2008, E. 2008/11651 K.2008/10601 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde; **YHGK**, 10.11.2010, E. 2010/21-497, K. 2010/590, **Şen**, Asıl İşveren, 217.

²³⁰ **Y10HD**, 01.05.2003, E. 2003/2949, K. 2003/3909, **Çolak/Öztürk**, 136-139.

olan iş sözleşmeleri tüm hak ve borçlarıyla birlikte devralan işverene geçer.²³¹ Devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludur. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır (İK m. 6). Borçlar Kanununda da bir mamelekin veya bir işletmenin aktif ve pasifi ile birlikte devralınması durumunda devralanın mamelekin veya işletmenin borçlarından sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Ancak alacaklılara karşı devreden kişi iki yıl süreyle devralan ile birlikte sorumlu tutulur (BK. m. 179).

5510 sayılı Kanunun 89. maddesinin 1. fıkrasında da, İş Kanunu ve Borçlar Kanunundaki hükümlere benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan hükme göre, *“Sigortalının çalıştırıldığı işyeri aktif veya pasifi ile birlikte devralınır veya intikal ederse ya da başka bir işyerine katılır veya birleşirse eski işverenin Kuruma olan prim ile gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de müştereken ve müteselsilen sorumludur. ...”* Kanun koyucunun böyle bir düzenlemeye yer vermesindeki amaç, Kurumun prim alacağını güvence altına almak ve tahsilini kolaylaştırmaktır.

Sigortalının devreden işveren dönemindeki çalışmalarının tespitini talep etmesi durumunda hizmet tespiti davasının devralan işverenle birlikte devreden işverene de açılması gerekir.²³² Hizmet tespiti davasının kamu düzenine ilişkin yönü ve fiili çalışma olgusunun hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek ölçüde

²³¹ **Özkaraca**, 209.

²³² **Tuncay/Ekmekçi**, 219; **Aslanköylü**, 1360. **Y10HD**, 14.12.1999, E. 1999/8968, K. 1999/9091, **Aslanköylü**, 1362; **Y10HD**, 14.02.1999, E. 1999/8968, K. 1999/9091, **Güzel**, 1999 Kararları, 304.

ispatlanmasının gerekliliği davanın devreden işverene de yöneltilmesini gerektirir. Bunun yanında kanun koyucu devreden işverenin sigortalıyı Kuruma bildirmemesinden doğan prim borçlarından devralan işverenin de müteselsilen sorumlu olacağını düzenlemiştir. Yüksek Mahkeme de bir kararında, “Gerçekten davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa’nın 82. maddesine göre sigortalının çalıştığı işyerinin devir veya ihlali (intikali) halinde eski işverenin Kuruma olan prim ve buna bağlı tüm borçlarından dolayı yeni işveren de müteselsilen sorumludur. Dava konusu olayda davacının çıktığı S... A.Ş.’ye ait işyerinin S... Ltd. Şti.’ye devredildiği ve halen bu işverence çalıştırıldığı saptanmıştır. Şu duruma göre S... Ltd. Şti. sigortalı çalıştırması nedeniyle Kuruma olan prim borçlarından bu şirketin dahi müteselsilen sorumlu olacağı düşünülmeksizin istemin davalı S... Ltd. Şti. yönünden reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir” ifadelerine yer vermiştir.²³³ Yargıtay 2004 tarihli diğer bir kararında ise şu ifadelere yer vermiştir: “(...) işyerinin devri veya intikali söz konusu ise önceki işveren olan G... ’nın da usulünce davaya dahil edilmek suretiyle davanın esası hakkında yeterli araştırma ve inceleme yapılarak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması (...) bozma nedenidir.”²³⁴

²³³ **Y21HD**, 03.02.2003, E. 2003/209, K. 2003/702 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

²³⁴ **Y21HD**, 26.01.2004, E. 2003/10564, K. 2004/451 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

5. Geçici İş İlişkisi Kurulan İşveren

Geçici iş ilişkisi, İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, işveren devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur.²³⁵ İşçinin iş görme edimini bir başka işverene ait işyerinde yerine getirdiği süre boyunca ücreti iş sözleşmesinin tarafı olan işveren tarafından ödenir. Ancak geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı süre boyunca ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur.

İşverence Kuruma bildirilmeyen ve Kurumca da tespit edilemeyen çalışmalarının tespiti amacıyla açacağı davada sigortalının iş sözleşmesinin tarafı olan işverene husumet yöneltmesi yeterli değildir. Hizmet tespiti davasının kamu düzenine ilişkin yönü dikkate alındığında fiili çalışma olgusunun hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek ölçüde tespit edilebilmesi için davanın geçici iş ilişkisi kurulan işverene de yöneltilmesi gerekir.²³⁶

²³⁵ **Süzek**, 295 vd.; **Çankaya/Çil**, 305 vd.; **Arslanoğlu**, 53 vd.; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, 115; Ödünç iş ilişkisi hakkında geniş bilgi için bkz. **Akyiğit**, 5 vd.; *Ayrıca bkz.* **Odaman**, Ödünç, 15 vd.

²³⁶ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 332.

6. Apartman Yöneticisi ve Yönetim Kurulu

Kat Mülkiyeti Kanununa²³⁷ göre, ana gayrimenkul, kat malikleri kurulunca yönetilir ve yönetim tarzı, kanunların emredici hükümleri saklı kalmak şartıyla bu kurul tarafından kararlaştırılır (KMK m.27). Kat malikleri, ana gayrimenkulün yönetimini kendi aralarından veya dışarıdan seçecekleri bir kimseye veya üç kişilik bir kurula verebilirler. Bu kimseye yönetici, kurula da yönetim kurulu denir. Ana gayrimenkulün sekiz veya daha fazla bağımsız bölümü varsa, yönetici atanması zorunludur. Ana gayrimenkulün bütün bölümleri bir kişinin mülkiyetinde ise malik kanunen yönetici durumundadır (KMK m.34).

Kat Mülkiyeti Kanununun 34. Maddesinin 1. fıkrası gereğince, ana gayrimenkulün sekiz veya daha fazla bağımsız bölümünün bulunması durumunda yönetici atanması zorunludur. Bu durumda yönetici vekil konumunda olacaktır (KMK m.38/1).

Konut kapıcılarının kendine özgü çalışma koşulları bulunmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 110. maddesine dayanılarak çıkarılan Konut Kapıcıları Yönetmeliği²³⁸ göre de, yönetici, işveren vekili konumundadır (KKY m.3/4).

Kapıcı tarafından açılacak hizmet tespiti davalarında yönetici veya yönetim kurulunun bulunması durumunda husumet yöneticiye veya yönetim kuruluna, yöneticinin bulunmaması durumunda ise kat maliklerine yöneltilmelidir.²³⁹ Yargıtay kararına konu olan olayda dava, kat maliklerinden birine karşı açılmış, ilk derece mahkemesince yargılama bu şekilde sürdürülmüş ve karara bağlanmış, karar,

²³⁷ **RG**, 02.07.1965/12038.

²³⁸ **RG**, 03.03.2004/25391.

²³⁹ **Caniklioğlu**, 2007 kararları, 302; **Bilgili**, 13-14.

Yargıtay tarafından, husumetin yönetici yahut yönetim kuruluna yöneltilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.²⁴⁰ Yüksek Mahkeme bu görüşünü öteden beri istikrarlı bir biçimde sürdürmektedir. Nitekim 2005 tarihli bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “*Apartmanda; Kat Mülkiyeti Kanununa göre oluşmuş bir yönetim varsa apartman yönetimine, şayet yönetim oluşmamışsa; kat maliklerinin tümüne karşı dava açılmalıdır. Bu husus kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında mahkemece resen gözetilir.*”²⁴¹

Eklemek gerekir ki davanın yönetici veya yönetim kurulu hasım gösterilerek açılmış olması yöneticinin veya yönetim kurulunun davada işveren sıfatını taşıdığı sonucunu doğurmaz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, Konut Kapıcıları Yönetmeliği gereğince, yöneticinin işveren temsilcisi konumunda olduğunu, Yönetmelikten doğan temsil yetkisine göre davanın doğrudan yöneticiye de açılabileceğini, ancak bu halde dahi mahkemece kat maliki ya da malikleri adına yönetici hakkında karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁴²

7. Adi Ortaklık

Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir (TBK m. 620).

²⁴⁰ **Y21HD**, 22.02.2007, E. 2007/1980, K. 2007/2529, **Caniklioğlu**, 2007 kararları, 302.

²⁴¹ **Y10HD**, 29.05.2005, E. 2005/5983, K. 2005/9562, **Caniklioğlu**, 2007 kararları, 302.

²⁴² **Y9HD**, 03.11.2008, E. 2007/30359, K. 2008/29735 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından sigortalının açacağı hizmet tespiti davası adi ortaklığı oluşturan her bir ortağa yöneltilmelidir.

Adi ortaklık ilişkisinde ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığıyla ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, üçüncü kişilere karşı kural olarak müteselsil sorumlu tutulurlar (TBK m. 638/3). Ortaklar, aralarındaki sözleşmede müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını kararlaştırmış olabilirler. Ancak bu yöndeki hükümler hizmet tespiti davası sonucunda prim tahakkuk ve tahsil edecek olan Kurumu bağlamaz.

C. Sosyal Güvenlik Kurumu

Anayasanın 60. maddesinde herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, devletin bu güvenliği sağlayacak tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı düzenlenmiştir. Sosyal güvenliğin ve sigortanın varlık nedeni sosyal risklerin karşılanmasıdır.²⁴³ Anayasanın devlete yüklediği bu yükümlülüğün sonucu olarak, devlet, vatandaşların sosyal güvenliğini sağlamak amacıyla çeşitli yasalar çıkarmış ve Sosyal Güvenlik Kurumu teşkilatını kurmuştur.

Sosyal sigorta ilişkisi, işçi, işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumu arasında kurulan kamu hukuku karakterli bir ilişkidir.²⁴⁴ Bu ilişki tarafların iradelerinden bağımsız olarak kanunda öngörülen şartların ortaya çıkmasıyla birlikte kendiliğinde kurulur (SSGSSK m. 7, m. 92).

Hizmet tespiti davası, sosyal sigorta ilişkisinin tarafı olan Sosyal Güvenlik Kurumunun hak alanını doğrudan ilgilendirmektedir. Bu nedenle, her ne kadar

²⁴³ **AYM**, 26.01.2011, E. 2008/109, K. 2011/25, **RG**, 02.04.2011/27893.

²⁴⁴ **Tunçomağ**, 165; **Başterzi**, Kesinti, 9; **Duman**, 90.

Kanun m. 86/9'da belirtmemiş olsa da bu davada Sosyal Güvenlik Kurumuna da husumet yöneltilmesi gerekir.

Yargıtay, önceleri Sosyal Sigortalar Kurumuna husumet yöneltilemeyeceğini karara bağlarken²⁴⁵ daha sonra bu görüşünden dönerek davanın Sosyal Güvenlik Kurumunun hak alanını ilgilendirmesi nedeniyle Kurumu da yasal hasım olarak nitelendirmiş²⁴⁶ ve Kuruma da husumet yöneltilmesi gerektiğini karara bağlamıştır.²⁴⁷ Yüksek Mahkeme bu konuya ilişkin bir kararında, “506 Sayılı Yasa'nın 79/10. maddesine dayalı hizmet tespiti davalarında (...) Sosyal Sigortalar Kurumu yasal hasım konumunda olup, elde edilecek hükmün sigortalılık hakları yönünden uygulayıcısı konumundadır. Sosyal Sigortalar Kurumu yanında tespiti istenen sürede işyerinde işveren olarak bulunanların tümü kendi hak alanını da ilgilendirdiğinden zorunlu dava arkadaşıdır. Zira davanın niteliği itibariyle alınacak ilam, sonuçta SSK tarafından infaza ve böylece sigortalının bu hakkının tesciliyle sigorta primlerinin işverenden tahsiline yol açacağından sigortalıyı çalıştıran gerçek veya tüzel kişilere karşı da açılması gerekir” ifadelerine yer vermiştir.²⁴⁸

Kanaatimce Yargıtayın ulaştığı sonuç doğrudur. Kanunun 86. maddesinin 9. fıkrasına göre hizmet tespiti davası açılabilmesi için sigortalının işverence Kuruma

²⁴⁵ **Y10HD**, 12.12.1977, E. 1977/2003, K. 1977/7641 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴⁶ **Y10HD**, 21.11.2005, E. 2005/7867, K. 2005/11916 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴⁷ **Y10HD**, 18.06.1990, E.1990/2951, K. 1990/6089 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴⁸ **Y10HD**, 21.11.2005, E. 2005/7867, K. 2005/11916, **Öztürk**, Kurum, 1028.

bildirilmemiş ve çalışmalarının Kurumca da tespit edilememiş olması gerekir. Kanunun 59. maddesinde ise “*Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetimi, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları eliyle yürütülür...*” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, Kurumun, gerekli denetim ve kontrolleri yapmayarak, kayıt dışı çalışma olgusuna ihmal suretiyle müsaade etmesi nedeniyle hizmet tespiti davasında davalı olarak yer alması gerekir. Davacı davasını yalnızca işverene yöneltmiş ise davacıya husumeti Sosyal Güvenlik Kurumuna da yöneltilmesi için süre verilmelidir.²⁴⁹

Doktrinde, Kurum yönünden pasif dava ehliyetinin uygulamada bazı sıkıntılara yol açtığı, Kurumun sigortalıyı koruma görevini gereği gibi yerine getirilebilmesinin sigortalı yanında davaya katılmasıyla mümkün olabileceği savunulmaktadır.²⁵⁰ **Öztürk**, Kurumun davalı tarafta yer alması bazı durumlarda prim alacağının takipsiz kalması sonucunu doğuracağını, Kurumun davada pasif davrandığını ve sigortalıyı koruma yükümlülüğünü yerine getirmediğini, bunun yanında dava sonucunda Kurum aleyhine yargılama giderine hükmedildiğini, Kurumun davacının yanında davaya katılmasının daha doğru olacağını belirtmektedir.²⁵¹

Hizmet tespiti davalarının sosyal güvenliğin sağlanmasında önemli bir yere sahip olduğu bir gerçektir. Kurum, Anayasa ve Kanunların kendisine verdiği yükümlülüğü yerine getirmeyerek kusurlu davranmıştır. Bu nedenle kanaatimizce Kurumun davalı tarafta yer alması gerekir. Ancak Kurum, davada farklı bir rol

²⁴⁹ **Y10HD**, 27.01.2004, E. 2003/9308, K. 2004/486, **Bilgili**, 184.

²⁵⁰ **Öztürk**, Kurum, 1026.

²⁵¹ **Öztürk**, Kurum, 1026 vd.

üstlenmeli ve gerçek durumun ortaya çıkmasını sağlamalıdır. Uygulamada davalı Kurum avukatları çoğu zaman matbu dilekçelerle sigortalının çalıştığı yönündeki iddiaya karşı çıkmakla yetinmektedir. Oysa Kurum yönünden yapılacak olan savunma gerçek durumun daha açık bir şekilde ortaya çıkmasını sağlamaya yönelik olmalıdır.

IV. Dava Arkadaşlığı (Sübjektif Dava Birleşmesi)

A. Genel Olarak

Davada, davacı ve davalı olmak üzere iki taraf bulunur. Ancak bir tarafta birden fazla davacı veya birden fazla davalı bulunması mümkündür. İşte, davanın taraflarında birden fazla kişi bulunması durumunda bu kişiler bakımından sübjektif dava birleşmesinden, diğer bir ifadeyle dava arkadaşlığından söz edilir.²⁵²

B. Mecburi Dava Arkadaşlığı

Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek bir hüküm verilmesi gereken hallerde, mecburi dava arkadaşlığından söz edilir (HMK m. 59). Yani, birden fazla kişi, bir hak için birlikte dava açacaklarsa davanın hepsi tarafından birlikte açılması, o haktan dolayı kendilerine karşı dava açılacaksa davanın hepsine karşı birlikte açılması zorunludur.²⁵³

²⁵² **Kuru**, Usul, C. III, 3284; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 493; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 220; **Ulukapı**, 43.

²⁵³ **Postacıoğlu**, 255; **Üstündağ**, 366; **Kuru**, Usul, C. III, 3286; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 223.

Mecburi dava arkadaşlığı kendi içerisinde maddi anlamda mecburi dava arkadaşlığı ve şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dava konusu olan hakkın birden fazla kişi tarafından kullanılması veya dava konusu borcun elbirliğiyle yerine getirilmesinin zorunlu olduğu ve bu hukuki ilişki hakkında mahkemece bütün ilgililer için aynı şekilde ve tek bir hüküm verilmesi gereken hallerde maddi anlamda mecburi dava arkadaşlığından söz edilir. Maddi anlamda mecburi dava arkadaşlığında dava arkadaşları arasındaki hukuki ilişki çok sıklıkla ve dava arkadaşları davada hep birlikte hareket etmek zorundadırlar.²⁵⁴ Mahkemece yapılacak yargılama neticesinde mecburi dava arkadaşları hakkında tek bir hüküm verilir. Maddi anlamda mecburi dava arkadaşlığına elbirliği ile mülkiyet halinde maliklerin durumu ve kira sözleşmesinde birden fazla kiralayan ve kiracı bulunması halleri örnek verilebilir.

Şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı ise, birden fazla kişiye karşı dava açılmasında maddi bir zorunluluk bulunmamasına rağmen, gerçeğin ortaya çıkması ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin daha iyi karara bağlanması için Kanunun birden fazla kişiye karşı dava açılmasını zorunlu kıldığı durumlarda söz konusudur. Şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı özel kanun hükmüne dayanır ve yalnızca davalılar bakımından söz konusu olabilir.²⁵⁵

Aktif mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olduğunda, davacılar bir araya gelerek dava açmak zorundadırlar. Pasif mecburi dava arkadaşlığında ise dava, tüm mecburi dava arkadaşlarına karşı açılmalıdır. Maddi anlamda mecburi dava arkadaşlığında tüm mecburi dava arkadaşları için aynı hüküm verilirken şekli

²⁵⁴ **Kuru**, Usul, C. III, 3286 vd.; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 494-495; **Ulukapı**, 62.

²⁵⁵ **Kuru**, Usul, C. III, 3310 vd.; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 496; **Ulukapı**, 102 vd.

anlamda mecburi dava arkadaşlığında ise dava arkadaşları hakkında farklı karar verilebilir.²⁵⁶

C. İhtiyari Dava Arkadaşlığı

Mecburi dava arkadaşlığı dışındaki hallede dava arkadaşlığı ihtiyari olup, dava açacak kişiler birlikte dava açmak zorunda olmadıkları gibi tüm ilgililere (örneğin müteselsil borçlulara) dava açılması zorunlu değildir. İhtiyari dava arkadaşlığında dava arkadaşı kadar dava vardır ve yargılama sonucunda mahkemece dava sayısı kadar hüküm tesis edilir.²⁵⁷

İhtiyari dava arkadaşlığı ancak Kanunun izin verdiği hallerde mümkündür. İhtiyari dava arkadaşlığının mümkün olduğu haller HMK'nın 57. maddesinde sayılmıştır. Buna göre, davacılar ve davalılar arasında dava konusu hak veya borcun, elbirliğiyle mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması, ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri ve davanın temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması durumlarında ihtiyari dava arkadaşlığından söz edilir. Bu haller dışında ihtiyari dava arkadaşlığı olanaklı değildir.²⁵⁸

²⁵⁶ **Kuru**, Usul, C. III, 3313 vd.

²⁵⁷ **Postacıoğlu**, 245 vd.

²⁵⁸ **Kuru**, Usul, C. III, 3338 vd.; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 499; **Y21HD**, 10.04.2008, E.2008/11111, K.2008/5643, **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 222; **Ulukapı**, 115 vd.

D. İşverenler Arasındaki Dava Arkadaşlığı

Hizmet tespiti davasının işverenler ve Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine açılacağını yukarıda belirtmiştik. Davacı sigortalılığının tespitini talep ettiği dönemde birden çok işverenin işyerinde çalışmış olması mümkündür. Bu durumda davacının söz konusu işverenlerin tamamına karşı dava açması, bu durum dava devam ederken ortaya çıktığı takdirde davanın mahkemece bu işverenlere de usulünce yöneltilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.²⁵⁹

Tahkikatın ve yargılamanın çabuklaşması, yargılama giderlerinin azalması ve çelişik hükümlerin ortaya çıkmasının önüne geçilmesi bakımından uygulamada izlenen yolun doğru olduğu düşünülebilir. Ancak birden fazla işverenin davaya dâhil olması sonucunda davalı tarafta dava arkadaşlığı meydana geldiğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle kanımca sigortalının davasını tüm işverenlere yöneltmesi durumunda mahkemece davanın her işveren bakımından HMK'nin 167. maddesi gereğince tefrik edilmesi ve ayrı bir esasa kaydedilerek görülmesi uygun olur. Pozitif hukuk bakımından ulaşılmaması gereken sonuç budur. Nitekim Yüksek Mahkemenin de görüşü bu yöndedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında bu konuya ilişkin olarak şu görüşlere yer vermiştir: *“Birden fazla işveren hakkında aynı dava dilekçesi ile dava açılabilmesi için işverenler arasında zorunlu veya ihtiyari (isteğe bağlı) dava arkadaşlığının bulunması gerekir. ... Somut olayda maddi yönden zorunlu dava arkadaşlığı bulunmadığı gibi şekli yönden dava arkadaşlığı da söz konusu değildir. ... Somut olayda davalı işverenler arasında anılan maddede (HUMK m.43) öngörülen nitelikte ihtiyari (isteğe bağlı) dava arkadaşlığı da bulunmamaktadır. ... Mahkemece davalı işverenler arasında zorunlu veya ihtiyari*

²⁵⁹ **Duran**, 172.

dava arkadaşlığı bulunmadığından H.U.M.K.'nın 46. maddesi uyarınca davaların ayrılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. ... Açıklanan durum karşısında, aralarında zorunlu ya da ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmayan davalıların, aralarında hukuki ve fiili irtibat bulunmayan farklı taleplerle, birlikte dava edilmesini haklı kılacak açık bir yasal düzenleme ve geçerli hukuksal bir nedenin varlığından söz edilemez. Hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin olduğu da gözetildiğinde, mahkemece resen araştırma yapılabileceğinden, yargılamanın sağlıklı olarak yürütülebilmesi ve uyuşmazlığın kolaylıkla çözüme ulaştırılabilmesi için ayrı işverenler aleyhine, ayrı taleplerle birlikte açılmış olan bu davaların ayrılmasının uygun olacağının kabulü gerekir.”²⁶⁰

Yüksek Mahkemenin anılan kararında sigortalıyı çalıştıran işverenlerin birlikte dava edilmelerini haklı kılacak açık bir yasal düzenleme ve geçerli hukuksal bir nedenin bulunmaması nedeniyle davanın her işveren yönünden tefrik edilmesine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu ifadelerin karşıt kavramından çıkan anlama göre, açık bir yasal düzenlemenin veya geçerli bir hukuksal nedenin varlığı halinde birden çok işverene karşı aynı davada husumet yöneltilmesi mümkün hale gelebilecektir. Bu bağlamda geçerli hukuksal nedenin ne olacağı konusu üzerinde durmakta fayda vardır. Kanımca uyuşmazlığın daha sağlıklı ve doğru bir biçimde çözümlenmesi için, işverenlerin birlikte dava edilmelerinin daha uygun olacağı

²⁶⁰ **YHGK**, 08.07.2009, E.2009/21-286, K. 2009/328 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde: **YHGK**, 09.05.2007, E. 2007/21-255, K. 2007/260, **Y10HD**, 21.09.2010, E. 2010/5222, K. 2010/11689, **Tuncay/Ekmekçi**, 207-208. **Güzel**, 2008 Kararları, 314-315; **Y10HD**, 08.05.2008, E. 2007/9108, K. 2008/5843, **Bilgili**, 169.

durumlarda davanın tefriki yoluna gidilmesine gerek yoktur. Örneğin işyeri devrinin söz konusu olduğu durumlarda devreden işveren ile devralan işverene karşı aynı davada husumet yöneltilmesi mümkün olduğu, bu durumun Yargıtay kararında ifade edilen geçerli hukuksal bir neden sayılabileceği kanısındayım. Nitekim Yüksek Mahkeme vermiş olduğu 2004 tarihli bir kararında, “*Sosyal Sigortalar Kurumu yanında tespiti istenen sürede işyerinde işveren olarak bulunanların tümü kendi hak alanını da ilgilendirdiğinden zorunlu dava arkadaşısıdır. ... davacıyı çalıştıran işverenlerin yasal yönetime uygun bir biçimde davaya dahil edilerek, gösterecekleri deliller de toplandıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek varılacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken eksik araştırmaya dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir*” görüşlerine yer vermiştir.²⁶¹ Kararda ‘*tespiti istenen sürede işyerinde işveren olarak bulunanların tümü*’nden söz edildiğine göre, bu uyuşmazlıkta işçinin tespitini istediği çalışmaların farklı işverenler nezdinde fakat aynı işyerinde geçtiği anlaşılmaktadır.

E. İşveren ile Sosyal Güvenlik Kurumu Arasındaki Dava Arkadaşlığı

Yüksek Mahkeme hizmet tespiti davasında Sosyal Güvenlik Kurumunu yasal hasım olarak nitelendirmekte²⁶² ve davada Kuruma husumet yöneltilmesinin zorunlu olduğuna hükmetmektedir. Hizmet tespiti davasında Kuruma husumet yöneltilmesi ile davalı tarafta işverenin yanında Sosyal Güvenlik Kurumu da yer almış olacaktır.

²⁶¹ **Y10HD**, 10.02.2004, E. 2003/11302, K. 2004/756 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

²⁶² **Y10HD**, 21.11.2005, E. 2005/7867, K. 2005/11916 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

Bu durumda işveren veya işverenler ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasındaki ilişkinin ne olduğunun incelenmesi gerekmektedir.

Öğretide bazı yazarlarca²⁶³ işverenler ile Kurum arasındaki ilişkinin mecburi dava arkadaşlığı, diğer bazı yazarlarca²⁶⁴ ihtiyari dava arkadaşlığı olduğu ileri sürülmektedir. Yargıtaya göre, işveren ile SGK arasındaki hukuki ilişki mecburi dava arkadaşlığıdır. Yüksek Mahkeme bir kararında, “*Fiili çalışmanın geçtiği işyerinin sahibi olan işveren bu tür hizmet tespiti davalarında SSK ile zorunlu dava arkadaşındır*” ifadelerine yer vermiştir.²⁶⁵

Kanaatimce de hizmet tespiti davasında işveren ile SGK arasındaki hukuki ilişki yasal bir hükme dayanmayan ve Yargıtay kararları gereği ortaya çıkan mecburi bir dava arkadaşlığıdır. Maddi anlamda mecburi dava arkadaşlığı-şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı ayrımında ise her ne kadar şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığından söz edilebilmesi için özel bir yasa hükmüne ihtiyaç duyulmakta ise de işveren ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasındaki ilişkinin şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı olduğunu söyleyebiliriz. Hizmet tespiti davasında işveren ile SGK birlikte hareket etmek zorunda olmayıp dava sonucunda her iki davalıyı bağlayan tek hüküm kurulur.

Yüksek Mahkemenin kararlarında Kurum yasal hasım olarak nitelendirilmiş ve davada yer alması zorunlu hale gelmiştir. Yargıtay içtihatlarıyla uygulamaya

²⁶³ **Tuncay/Ekmekçi**, 207.

²⁶⁴ **Saraç**, 458.

²⁶⁵ **Y21HD**, 05.05.2003, E. 2003/3106, K. 2003/4207. Aynı yönde: **Y21HD**, 11.05.2004, E. 2004/4365, K. 2004/4653 (Neohukuk İctihat Bilgi Bankası).

yerleşen bu durumun pozitif dayanağa kavuşması için yasal bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyim.

§ 11. — DAVA ŞARTLARI

I. Genel Dava Şartları

A. Genel Olarak

Dava şartları, gerçekleşmemesi halinde bir davanın esasının incelenmesine ve karara bağlanmasına engel olan hususlardır.²⁶⁶ Dava şartları, mahkemenin davanın esasıyla ilgili inceleme yapıp karar verebilmesi için Kanun tarafından varlığı veya yokluğu aranan şartlardır.²⁶⁷

Dava şartları içeriklerine göre olumlu veya olumsuz dava şartları olarak sınıflandırılmaktadır.²⁶⁸ Davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için varlığı gerekli hallere olumlu dava şartları, yokluğu gerekli hallere ise olumsuz dava şartları denir.²⁶⁹

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 115. maddesinde dava şartlarının hâkim tarafından nasıl inceleneceği düzenlenmiştir. Hâkim, genel dava şartlarının somut olayda bulunup bulunmadığını tarafların ileri sürmesini beklemeksizin kendiliğinden ele alabilecektir. Taraflar da hâkime yardımcı olabilecek, dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebileceklerdir. Dava şartlarından birinin bulunmaması halinde dava esastan değil usulden reddedilecektir (HMK m.115/2). Ancak noksan olan dava şartı

²⁶⁶ **Kuru**, Usul, C. II, 1343; **Üstündağ**, 279 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 256.

²⁶⁷ **Postacıoğlu**, 157 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 292-293.

²⁶⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 292; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 256.

²⁶⁹ **Kuru**, Usul, C. II, 1343; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 256.

tamamlanabilecek nitelikte ise hâkim eksikliğin giderilmesi için taraflara kesin süre verecektir (HMK m.115/3). Dava şartları, davanın başından sonuna kadar var olmalıdır. Dava şartlarının var olup olmadığı ön inceleme safhasında araştırılacaktır. Hâkim, dava şartlarının var olduğunu tespit ettikten sonra davanın esasına girebilecektir. Davanın esasına geçilmiş ancak başlangıçta dava şartlarının gerçekleşmediği anlaşılmış, fakat bu noksanlık hüküm anına kadar giderilmişse, dava ilk baştaki eksiklikten ötürü usulden reddedilemeyecektir.²⁷⁰

Dava şartları Hukuk Muhakemeleri Kanununun 114. maddesinde tahdidi bir biçimde düzenlenmiştir. Dava şartları kendi içlerinde mahkemeye ilişkin, taraflara ilişkin ve dava konusu şeye ilişkin dava şartları olarak üçe ayrılır.

B. Mahkemeye İlişkin Dava Şartları

Mahkemeye ilişkin dava şartları, yargı yetkisi, yargı yolu, görev ve kesin yetkidir (m.114/1-a, b, c ve ç). Bir ülke mahkemesinin yargı yetkisi, onun egemenlik hakları ile ilgilidir. Türk mahkemelerinin yargı yetkisi sadece Türkiye'de geçerlidir. Yabancı ülkelerde Türk mahkemelerinin yargı yetkisi bulunmamaktadır.²⁷¹ Davanın geçerli yargı kolunda açılmış olması dava şartları arasındadır. Zira her mahkeme ancak kendi yargı yoluna giren işlerle ilgili inceleme yapabilir.²⁷² Görev, mahkemenin dava konusu uyuşmazlığı inceleyebilmesinin en önemli koşullarından

²⁷⁰ **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, 299.

²⁷¹ **Kuru**, Usul, C. II, 1345-1359; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, 294; **Üstündağ**, 287 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 257.

²⁷² **Kuru**, Usul, C. II, 1359; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, 294.

biridir. Bir dava ancak görevli mahkemede incelenip karara bağlanabilir.²⁷³ Bilindiği gibi mahkemelerin yetkisi, kesin yetki ve kesin olmayan yetki olarak ikiye ayrılmaktadır. Kural olarak yetki, dava şartı değil ilk itirazdır.²⁷⁴ Bunun istisnası ise kesin yetki halleridir. Kesin yetki kuralına uyulmaması halinde dava, dava şartı yokluğundan usulden reddedilir.

Hizmet tespiti davasına bakan hakim mahkemeye ilişkin dava şartlarını değerlendirirken öncelikle yargı yetkisinin bulunup bulunmadığını, yargı yolunun caiz olup olmadığını, görevli olup olmadığını inceleyecektir. Hizmet tespiti davalarında kesin yetkiden söz edilmesi mümkün değildir. Zira, İş Mahkemeleri Kanunun 5. maddesinde, iş mahkemelerinde açılacak her dava davalının ikametgahı mahkemesinde açılabilceği işçinin işini yaptığı yer mahkemesinde de açılabilir. Burada Kanunkoyucu davacıya bir seçimlik hak tanımıştır. Dolayısıyla kesin bir yetki kuralından söz edilemez.

C. Taraflara İlişkin Dava Şartları

Taraflara ilişkin dava şartları iki tarafın bulunması, taraf ehliyeti, dava ehliyeti, kanuni temsilin söz konusu olduğu durumlarda temsilcinin gerekli niteliğe sahip olması, davayı takip yetkisi, davaya vekâlet ehliyeti ve geçerli vekâletname sunulmasıdır. (m.114/1-d, e, f).

²⁷³ **Kuru**, Usul, C. II, 1359; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 294.

²⁷⁴ **Kuru**, Usul, C. II, 1359; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 295.

Uyuşmazlıklar ancak iki taraf arasında vuku bulabileceğinden bir davadan söz edebilmek için iki tarafın bulunması gerekecektir.²⁷⁵ Çekişmesiz yargı olarak tanımlanan yargı işlerine ilişkin hükümler saklıdır.²⁷⁶

Taraf ehliyeti, davada taraf olabilme ehliyetidir.²⁷⁷ Taraf ehliyeti, Medeni Hukuktaki hak ehliyetinin, usul hukukundaki yansımasıdır. Bu ehliyet, yargısal ilişkinin süjesi olma, yargılama hukuku haklarından yararlanabilme ehliyetidir.²⁷⁸ Medeni Usul Hukukuna göre yalnızca gerçek ve tüzel kişiler, hakların ve borçların sahibi olabileceğinden, haklarını korumak için dava açabilirler ve onlara karşı dava açılabilir.²⁷⁹ Ancak bazen de hak ehliyetine sahip olunmadan, taraf ehliyetine sahip olunabilir. Bakanlıkların Devlet Tüzel kişiliğinin bir organı olmaları sebebiyle hak ehliyetine sahip olmadıkları halde dava hakkına sahip olmaları bunun bir örneğidir.²⁸⁰

Dava ehliyeti, medeni hukuktaki fiil ehliyetinin usul hukukuna yansımasıdır.²⁸¹ Başka bir deyişle kişinin bir davayı kendisi ya da yetkili kılacağı bir

²⁷⁵ Üstündağ, 288; Kuru/Arslan/Yılmaz, 259.

²⁷⁶ Kuru, Usul, C. II, 1360; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 295.

²⁷⁷ Kuru, Usul, C. II, 1360; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 260; Konuralp, 77; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 295; Ulukapı, Duruşmaya gelmeme, 18;

²⁷⁸ Kuru, Usul, C. II, 1360; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, 123.

²⁷⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, 260.

²⁸⁰ Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, 123.

²⁸¹ Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, 125.

kimse aracılığıyla davacı veya davalı sıfatı ile yürütebilme, o dava ile ilgili usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir.²⁸²

Görülecek olan dava vekil aracılığıyla takip edilecekse, vekilin usulünce düzenlenmiş geçerli bir vekâletnameye sahip olması ve bu vekâletnameyi mahkemeye ibraz etmesi dava şartları arasındadır.²⁸³

Dava konusu hukuki ilişkinin tarafı olmayan bir kimsenin dava açması ve onu takip edebilmesi için takip yetkisinin olması gerekmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, taraf sıfatı dava şartları arasında sayılmamıştır. Yargıtayın yerleşmiş içtihatlarına göre²⁸⁴ mahkeme taraf sıfat noksanlığını re'sen gözetmelidir. Ancak Yargıtay taraf sıfatının dava şartı olmadığı, maddi hukuk alanına ilişkin bir itiraz olduğu düşüncesindedir. Eğer taraf sıfatı dava şartı olarak kabul edilecek olursa hâkimin tarafların taraf sifata sahip olup olmadıklarını re'sen gözetmesi ve bu konuda her türlü delile başvurabilmesi gerekecektir. Ancak itiraz olması dolayısıyla sadece tarafların belirttiği vakıalar göz önünde tutularak hâkim taraf sıfatının var olup olmadığını değerlendirecektir.²⁸⁵

Hizmet tespiti davasına bakan hakim, dava şartlarının bulunup bulunmadığını incelerken, davanın her iki tarafının taraf ehliyeti ile dava ehliyetinin bulunup

²⁸² **Kuru**, Usul, C. II, 130; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 260; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, 295.

²⁸³ **Kuru**, Usul, C. II, 1360; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 260; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, 295.

²⁸⁴ **Y1HD**, 30.06.2005, E. 2005/4888 K. 2005/7608; **Y1HD**, 03.04.2002, E. 2002/3249 K. 2002/4172 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

²⁸⁵ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 266.

bulunmadığını, kanuni temsilin söz konusu olduğu durumlarda temsilcinin gerekli niteliğe sahip olup olmadığını, davayı takip yetkisinin bulunup bulunmadığını, davanın vekil aracılığıyla takip edilmesi durumunda davaya vekalet ehliyetinin bulunup bulunmadığı ve geçerli vekaletname sunulup sunulmadığını inceleyecektir.

D. Dava Konusu Şeye İlişkin Dava Şartları

Dava konusu şeye ilişkin dava şartları ise, davacı tarafından gider avansının yatırılması, teminat gösterilmesine ilişkin kararın yerine getirilmesi, hukuki yarar, davanın derdest olmaması ve kesin hüküm bulunmamasıdır (m.114/1-g, ğ, h, ı ve i).

Gider avansının davacı tarafından mahkeme veznesine yatırılması yeni düzenlenmiş bir dava şartıdır. Yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca belirtilecek olan gider avansının dava açılmadan önce yatırılması zorunludur. HMK'nun 120. maddesine göre, gider avansının yeterli olmadığının dava sırasında anlaşılması durumunda mahkemece, bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilecektir. Görüldüğü gibi hâkim davayı dava şartı noksanlığından usulden reddetmemektedir. Yasanın bu düzenlemesi usul ekonomisi ilkesine uygundur.²⁸⁶

Türkiye'de mutat meskeni olmayan Türk vatandaşlarının açtıkları davada veya yaptıkları takiplerde mahkeme tarafından takdir edilen teminat tutarını mahkeme veznesine yatırması dava şartları arasındadır.²⁸⁷

Hukuki yararın bulunması da genel dava şartları arasında düzenlenmiştir. Dava açarak hakkı ihlal edilen kişi mahkemeden hukuki koruma talep etmektedir.²⁸⁸

²⁸⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 296.

²⁸⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 296.

Hukuki korunmaya ihtiyacı olmayan bir kimsenin dava açmakta da hukuki yararı yoktur. Hukuki yarar mahkemeye yönelik her türlü talepte var olması ve devam etmesi gereken bir şarttır.²⁸⁹

1086 sayılı HUMK döneminde ilk itiraz olan derdestlik, HMK ile dava şartı haline getirilmiştir. Tarafları, sebebi ve talep sonucu aynı olan bir dava tekrar açılacak olursa, ikinci dava, dava şartı yokluğundan usulden reddedilecektir.²⁹⁰ Derdestlik gibi kesin hüküm bulunmamasının dava şartı olması “non bis in idem” (*aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz*) ilkesinin gereğidir.²⁹¹ HMK'nun gerekçesinde de belirtildiği gibi kesin hüküm itirazı, maddi anlamda kesin hükmün menfi etkisi ile ilgilidir. Maddi anlamda kesin hükmün müspet değil, menfi etkisi dava şartıdır. Maddi anlamda kesin hükmün menfi etkisi, karara konu kılınan uyuşmazlığın yeni bir davanın konusunu oluşturamamasıdır.

Hizmet tespiti davasına bakan hakim, dava konusuna ilişkin dava şartlarını incelerken, gider avansının yatırılıp yatırılmadığına, davacının hizmet tespiti talep etmekte hukuki yararının bulunup bulunmadığına, tarafları, tarafları, konusu ve dava sebebi aynı derdest bir davanın olup olmadığını ve kesin hüküm bulunup bulunmadığını inceler.

²⁸⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 296.

²⁸⁹ **Kuru**, Usul, C. II, 1363; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 296-297.

²⁹⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 297.

²⁹¹ Bu ilke hakkında bkz. **Özen**, 389.

II. Özel Dava Şartları

Tespit davasının mahkemece esastan incelenebilmesi için genel dava şartlarının yanında iki ek şartın da varlığı gerekir. Bunlar, hukuki ilişki şartı ve hukuki yarar şartıdır. Tespit davasının konusunu yalnızca hukuki ilişkiler oluşturabilir ve davacının bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitinde güncel bir menfaatinin bulunması gerekir.²⁹²

A. Hukuki İlişki Şartı

Kuru/Budak'a göre hukuki ilişkiden maksat, bir kimse ile diğer bir kimse veya eşya arasında mevcut olan ve somut bir olaydan doğan hukuki ilişkidir. Tespit davasının dinlenebilmesi için, hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitinin, herhangi bir şekilde davacının haklarıyla ilgili olması yeterlidir.²⁹³

Kişilerin çalışmaya başladıkları anda sigortalı olacakları hususuna yukarıda değinmiştik. Kişi çalışmaya başlamakla sigortalılık adı altında hukuki bir ilişki kurulmaktadır. Sigortalı bu hukuki ilişkinin tespiti için hizmet tespiti davası açabilir.

B. Hukuki Yarar Şartı

Tespit davası açılabilmesinin ikinci dava şartı hukuki yarardır. Esasen her dava için aranan hukuki yarar şartı, özellikle tespit davalarında kendisini gösterir.²⁹⁴ İddia edilen hukuki ilişkinin var olup olmadığının mahkemece hemen tespit edilmesinde, davacının korunmaya değer bir hukuki yararının bulunması

²⁹² **Kuru**, Usul, 1418; **Kuru/Budak**, 80.

²⁹³ **Kuru/Budak**, 80-81.

²⁹⁴ **Kuru/Budak**, 87.

gerekmektedir.²⁹⁵ Hukuki yarar şartına Hukuk Muhakemeleri Kanununda da yer verilmiştir. Tespit davası açanın, Kanunlarda belirtilen istisnalar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunması gerekir (HMK m. 106/2). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, “... *Bir hukuki ilişkinin hemen tespit edilmesinde hukuki yararın bulunması, şu üç şartın birlikte varlığına bağlıdır: 1) Davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel (halihazır) bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı; 2) Bu tehdit nedeniyle, davacının hukuki durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı; 3) Yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup cebri icraya yetki vermeyen tespit hükmü, bu tehlikeyi kaldırmaya elverişli olmalıdır*” ifadelerine yer vererek hukuki yararın tespit davalarında özel dava şartı olarak aranacağını karara bağlamıştır.²⁹⁶

Hukuki ilişki ve hukuki yarar dava şartıdır ve taraflarca ileri sürülmesi bile mahkemece re’sen dikkate alınması gerekir.²⁹⁷ Bu kuralın istisnasını, tespit davası açılabilmesinin Kanun hükmü ile açıkça düzenlendiği durumlar oluşturur. Bu durumlarda hukuki ilişki ve hukuki yarar şartlarını aramaya gerek yoktur.²⁹⁸ Genel dava şartlarının bulunması durumunda mahkemece davanın esasına girilir.²⁹⁹ Hizmet tespiti davası 5510 sayılı Kanunun 86. maddesinin 9. fıkrasında

²⁹⁵ **Kuru**, Usul, II, 1386; **Hanağası**, 132; **Üstündağ**, 332.

²⁹⁶ **YHGK**, 06.10.2004, E. 2004/7-411, K. 2007/477, **Kuru/Budak**, 89; *Aynı yönde*: **Y21HD**, 09.06.2003, E. 2003/4837, K. 2003/5414, **Hanağası**, 249-252.

²⁹⁷ **Kuru/Budak**, 157.

²⁹⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 297.

²⁹⁹ **Hanağası**, 133.

düzenlendiğine göre, bu davalarda özel dava şartı olarak hukuki ilişki ve hukuki yararı aramaya gerek yoktur.³⁰⁰

§ 12. — İSPAT

I. Genel Olarak

Bir davada davanın taraflarınca ileri sürülen iddia ve savunmalar bir takım olay ya da olgulara dayanır. Bu olay ya da olgular taraflar arasında çekişmeli ise, ispat edilmeleri gerekir.³⁰¹ İspat edilmemiş bir olay ya da olgu ile mevcut olmayan bir olay ya da olgu eşdeğerdir.³⁰² İspat faaliyeti, esas itibarıyla davaya bakan hâkimi inandırma faaliyetidir.

Hizmet tespiti davasında sigortalı, davalı işverene ait işyerinde geçen çalışmalarının işverence Kuruma bildirilmediğini ve ücret miktarını ispat etmek durumundadır. İşveren ise, davacının kendisine ait işyerinde çalışmadığı veya tüm çalışmalarının Kuruma eksiksiz bildirildiği yönünde savunma yaparak karşı ispat faaliyetine girer.³⁰³

II. İspat ve Delil Kavramları

İspat, bir önermenin doğruluğu hakkında kanaat verilebilmesi için bir nedenselliğin ortaya konulmasıdır.³⁰⁴ Hukuki uyuşmazlık anlamda ispat, bir savın

³⁰⁰ Özekes, İnceleme, 1392; Çenberci, 511.

³⁰¹ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, 421.

³⁰² Özdemir, 7.

³⁰³ Özdemir, 7.

³⁰⁴ Konuralp, İspat, 8.

doğru ve gerçek olup olmadığı konusunda hâkimi inandırma faaliyetidir.³⁰⁵

Umar/Yılmaz'a göre, “*ispat, istemin konusu ile ilgili hukuksal sonucu öngören hukuk normundaki öge olayların gerçekleştiği hakkında yargıçta kanaat uyandırmak için girişilen inandırma eylemidir.*”³⁰⁶ Deliller ise tarafların hâkimi inandırmak amacıyla sundukları ispat araçlarıdır.³⁰⁷

III. İspatın Konusu

İspatın konusunu, taraflar arasında çekişmeli olan ve dava konusu uyuşmazlığın çözümünde etkili olacak olaylar oluşturur³⁰⁸ (HMK m. 187/1). Dava konusu uyuşmazlık ile ilgisi olmayan olayların, çekişmeli olmayan olayların ve hâkimin hâkimlik mesleği nedeniyle öğrenmiş olduğu olayların ispatına gerek yoktur.³⁰⁹ Bunun yanında hukuk kurallarının da ispatın konusunu oluşturamayacağını söyleyebiliriz. Çünkü hâkim hukuku re'sen uygular.

Hizmet tespiti davasında ispatın konusunu, tespiti talep edilen dönemde işyerinin bulunup bulunmadığı, davacının sigortalı olarak fiilen çalışıp çalışmadığı, bu çalışmalarının işverence Kuruma bildirilip bildirilmediği, işverence Kuruma bildirilmiş ise eksik bildirilip bildirilmediği, prime esas kazanç miktarı, çalışmanın kesintisiz olup olmadığı gibi olay ve olgular oluşturur. Hizmet tespiti davasının davacısı, davada çekişmeli olan bu olay ve olguları ispat etme yükü altındadır.

³⁰⁵ **Kuru**, Usul, C. II, 1966.

³⁰⁶ **Umar/Yılmaz**, 2; Benzer bir tanım için bkz. **Postacioğlu**, 434.

³⁰⁷ **Kuru**, Usul, C. II, 1966; **Postacioğlu**, 435.

³⁰⁸ **Umar/Yılmaz**, 19 vd.

³⁰⁹ **Kuru**, Usul, C. II, 1967-1972; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 421.

IV. İspat Hakkı

İspat hakkı, HMK'nin 189. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar, kanunda öngörülen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir.³¹⁰ Taraflar, ispat haklarını ortaya koydukları delillerle kullanırlar. Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz (HMK m. 200).

Kanun koyucu hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir delilin mahkemece tarafından bir olay veya olgunun ispatında dikkate alınamayacağını düzenlemiştir. Hizmet tespiti davasına bakan hâkim, gösterilen delilin hukuka uygun olup olmadığını inceler, taraflarca sunulan ve re'sen araştırma ilkesi gereğince dosyaya getirilen delilleri değerlendirdikten sonra dava konusu hakkında hüküm kurar.

V. İspat Yüğü

1. Genel Olarak

İspat yükü, davada uyuşmazlık konusu olan vakıaların hangi tarafça ispat edilmesi gerektiğini belirler³¹¹. İspat, bu yük altında olan taraf için bir yükümlülük olmayıp yalnızca bir yükümdür. Diğer deyişle ispat yükü altında olan taraf bunu yerine getiremezse karşı taraf ve mahkeme mutlaka ispat etmesini isteyemez.³¹² Bu halde mahkemece, ispat yükünü yerine getiremeyen tarafın davacı olması durumunda davanın reddine, davalı olması durumunda ise davanın kabulüne karar verilir. Yalnız bu halde kendisine ispat yükü düşen ve fakat bunu yerine getiremeyen tarafın, karşı

³¹⁰ **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 369.

³¹¹ **Üstündağ**, 613 vd.; **Postacioğlu**, 239; **Kuru**, Usul, C. II, 1972.

³¹² **Kuru**, Usul, C. II, 1972; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 370; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 443.

tarafa yemin teklif etme hakkı vardır (HMK m. 225 vd.). Ancak şunu belirtmek gerekir ki aşağıda da ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle bu davalarda yemin deliline başvurulması mümkün değildir (HMK m. 226/ I, a).

2. İspat Yükünün Zamanı

Davacı davasını açarken tüm delillerini hasretmiş, davalı da davaya cevap dilekçesinde ileri sürebileceği tüm delilleri ileri sürmüş ise bu halde hâkim ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü tespit etmeden önce taraflarca sunulan bu delilleri inceler. Tarafların sunmuş oldukları deliller ile dava konusu uyuşmazlık aydınlanmış ise yine ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün araştırılmasına gerek yoktur. Buna karşılık, taraflarca gösterilen delillerin, dava konusu uyuşmazlık hakkında hâkimde tam bir kanaat oluşturmaması durumunda ispat yükünün hangi tarafta olduğunun tespiti önem taşır.³¹³

Hizmet tespiti davasına bakan hakimin, re'sen araştırma ilkesi gereğince tarafların sunmuş oldukları deliller ile yetinmeyerek araştırma yapması mümkündür. Bu durumda hakim, re'sen araştırma ilkesi gereğince dosyaya getirtilen ve taraflarca sunulan delilleri birlikte değerlendirdikten sonra dava konusu uyuşmazlığın aydınlanıp aydınlanmadığı konusuna kanaat getirecektir.

³¹³ **Kuru**, Usul, C. II, 1972-1973; **Umar/Yılmaz**, 25 vd.; **YHGK**, 27.01.2010, E.

2009/10-578, K. 2010/37 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

3. Genel Kural (TMK m. 6)

Genel kural Türk Medeni Kanununun 6. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispat etmekle yükümlüdür.³¹⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanununda da aynı yönde bir hükme yer verilmiş ve ispat yükünün, Kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olacağı düzenlenmiştir (HMK m. 190). Görüldüğü üzere, ispat yükünün tarafların rolü ile bir ilgisi yoktur. İspat yükü davacıya düşebileceği gibi davalıya da düşebilir.³¹⁵ Doktrinde ispat yükünün paylaşılması olarak adlandırılan bu husus, hukuk normunun hangi taraf yararına sonuç doğurduğunun belirlenmesinden başka bir şey değildir.³¹⁶

TMK m. 6'da öngörülen genel kuralın dışında, bazı durumlarda ispat yükü Kanun tarafından belirlenmiş olabilir. Bu gibi durumlarda ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün araştırılmasına gerek yoktur.³¹⁷ Hizmet tespiti davasında davacı, işverene ait işyerinde sigortalı olarak geçen çalışmalarının Kuruma bildirilmediğini, Kurum tarafından tespit edilmediğini ve ücret miktarını ispat etme yükü altındadır. Bu husus 5510 sayılı Kanunun 86. maddesinin 9. fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Davacı hizmet tespiti davasını açtığında dava dilekçesinin ekinde sunduğu belgeler ve başka yerlerden getirtilmesini istediği delillerle (HMK m.195) davalılar tarafından sunulan veya talep üzerine getirtilen deliller hâkim tarafından re'sen incelenir. Ancak

³¹⁴ **Öztan**, 211.

³¹⁵ **Kuru**, Usul, C. II, 1975; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 444.

³¹⁶ **Umar/Yılmaz**, 50.

³¹⁷ **Özdemir**, 13.

belirtmek gerekir ki hizmet tespiti davalarında re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bunun sonucu olarak da hâkim, tarafların sunduğu delillerle bağlı kalmayıp, gerekli her türlü araştırmayı yapmakla yükümlüdür. Taraflarca dosyaya sunulan ve mahkemece re'sen araştırma ilkesi gereğince getirtilen belgeler mahkemede uyuşmazlık hakkında tam bir kanaat oluşturmuyorsa ispat yükünün davacı tarafa düştüğü hatırlatılır. Davacı uyuşmazlık konusu olay veya olguyu ispat edemezde davayı kaybeder.

Bu başlık altında değinilmesi gereken konulardan biri de Kuruma bildirilmeyen hizmetlerin tespitine ilişkin karinelere dir. Karine, belli bir olaydan, belli olmayan diğer bir olay için çıkarılan sonuçtur. Karineler kendi içerisinde fiili karineler ve kanuni karineler olmak üzere ikiye ayrılır. Fiili karine lehine olan taraf, o vakıayı ispat etmiş sayılır. Fakat karşı taraf fiili karinenin aksini ispat edebilir. Kanuni karinelere gelince, bu çeşit karineler de kendi içerisinde kesin kanuni karineler ve adi kanuni karineler olmak üzere ikiye ayrılır. Kesin kanuni karine lehine olan kişi, o vakıayı ispat etmiş sayılır ve karşı tarafın bu vakıanın aksini ispat etme imkânı yoktur. Adi kanuni karineler ise aksi her zaman ispat edilebilen karinelere dir.³¹⁸ Örneğin, Yargıtay tarafından sigortalı adına birden fazla işe giriş bildirgesi verilmiş olması kesintili çalışmaya karine teşkil eder. Burada sigortalı aleyhine kabul edilmiş fiili bir karine söz konusudur. Sigortalı bu fiili karinenin aksini ispat etme olanağına sahiptir.

³¹⁸ **Kuru**, Usul, C. II, 2012; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 436; **Postacıoğlu**, 435.

4. İspatın Gerekli Olmadığı Haller

a. İkrar

İkrar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 188. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede “*Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez*” ifadesine yer verilmiştir. Buna göre, ikrarı şu şekilde tanımlamamız mümkündür. İkrar, bir tarafın, diğer bir tarafın ileri sürdüğü vakıanın kısmen ya da tamamen doğru olduğunu bildirmesidir.³¹⁹ Diğer bir ifadeyle ikrar, taraflardan birinin, kendisi aleyhine ileri sürülen bir olayın doğruluğunu mahkemeye beyan etmesidir.³²⁰ İkrar, yalnızca davada ileri sürülen vakıalara ilişkin olabilir. İkrar edilen vakıa çekişmeli olmaktan çıkar ve ispat edilmesine gerek kalmaz.³²¹

İkrar ile aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak olan davayı kabul farklı müesseselerdir. İkrarın konusunu karşı tarafın ileri sürdüğü vakıalar oluştururken kabul davacı tarafın netice-i talebine ilişkindir.³²²

İkrar, mahkeme dışı ikrar ve mahkeme içi ikrar olarak ikiye ayrılır. Mahkeme dışı ikrar, taraflardan birisinin mahkeme dışında örneğin karşı tarafa yazdığı bir mektup ya da elektronik posta iletilerinde dava konusuna ilişkin vakıaları ikrar etmesidir. Mahkeme dışı ikrar kesin delillerden olmayıp, takdiri delil niteliğindedir.

³¹⁹ **Kuru**, Usul, C. II, 2038; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 382; İkrar konusunda bkz. **Kiraz**, 36 vd.

³²⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 428; **Postacıoğlu**, 458.

³²¹ **Üstündağ**, 629.

³²² **YHGK**, 25.06.1975, E. 1975/4-681, K. 1975/879, **Kuru**, Usul, C. II, 2038.

Mahkeme içi ikrar mahkemeye karşı yapılan ikrardır.³²³ Mahkeme içi ikrar, mahkeme önünde sözlü olarak yapılabileceği gibi mahkemeye sunulacak bir dilekçe ile de yapılması mümkündür. Yetkisiz veya görevsiz mahkemede yapılan ikrar da geçerlidir.³²⁴

Karşı tarafın ileri sürdüğü vakıanın doğru olduğu hiçbir kayıt ve şart ileri sürülmeden bildirilirse basit ikrardan, karşı tarafın ileri sürdüğü vakıaların doğru olduğu bildirilir ve fakat hukuki niteliğinin iddia edildiğinden farklı olduğu ileri sürülürse vasıflı ikrardan, karşı tarafın ileri sürdüğü vakıayı ikrar eden taraf bu vakıadan çıkan hukuki sonucu ortadan kaldıran ve bu ikrar edilen vakıanın doğumu ile ilgili bulunmayan başka bir vakıa eklerse bileşik ikrardan söz edilir.³²⁵

Yargıtaya göre, hizmet tespiti davalarında ikrar mümkün değildir. Hizmet tespiti davaları kamu düzenine ilişkin olup re'sen araştırma ilkesine tabidir. Bu nedenle Yüksek Mahkeme hizmet tespiti davasında davadan feragat, davayı kabul ve sulhun yanında ikrarın da mümkün olmadığını kabul etmektedir.³²⁶ Yüksek Mahkemenin bu görüşü yerindedir. Şöyle ki, hizmet tespiti davasında ispatlanması gereken olgular esas itibarıyla sigortalı statüsünde geçen fiili çalışma ve ücret miktarıdır. Bu nedenle işverenin veya SGK'nın davacının fiilen çalıştığı yönündeki iddiasını doğrulayacak bir ikrarda bulunmasının mahkemeyi bağlayacağını kabul etmek mümkün değildir. Böyle bir durumun hakkın kötüye kullanılmasının önünü

³²³ **Üstündağ**, 631; **Kiraz**, 105-108.

³²⁴ **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 383; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru**, Usul, C. II, 2040-2048.

³²⁵ **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 384-387. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 430-432. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru**, Usul, C. II, 2051-2069; **Postacıoğlu**, 458; **Kiraz**, 110-133.

³²⁶ **Y10HD**, 25.04.1989, E. 1989/1990, K. 1989/3744, **Aslanköylü**, 1338.

açacağıının da göz ardı edilmemesi gerekir. Kaldı ki, işveren veya SGK'nın bu yönde bir ikrarda bulunmasının davacının talep sonucuna ilişkin olduğu ve davayı kabul sonucunu doğurduğu da söylenebilir. Buna karşılık kanımca kabul sonucunu doğurmayacak diğer bir ifade ile talep sonucuna ilişkin olmayan ikrarın mahkemece dikkate alınması gerekir. Örneğin, işçinin işe giriş bildirgesi yahut bordrolardaki imzanın kendisine ait olduğunu ikrar etmesi mümkündür. Nitekim Yüksek Mahkeme de bir kararında, “...sigortalının şahsi sicil dosyasında açıkça görüldüğü üzere, davacı sigortalının davalılar işyerinde işe giriş bildirgesine göre 5.8.1986 tarihinde işe girdiği Ağustos/1986 Mart/1987 dönemi, çalıştığı ve bu günlerin Kuruma bildirildiği, bildirimlerin davacının imzasını havi bordrolara dayandığı görülmektedir. Davacı İmzası ile ikrar edildiği bordroların sahteliğini veya imzaların kendisine ait olmadığını iddia ve ispat etmiş değildir...”³²⁷

İşverenin veya SGK'nın ikrarı mahkemeyi bağlamasa da dosyaya sunulan ve mahkemece toplanan diğer delillerin ikrar edilen vakıayı doğrulaması durumunda ikrar edilen vakıaya değer verilmesi mümkündür.³²⁸

b. Çekişmesiz Vakıalar, Herkesçe Bilinen Vakıalar ve Karineler

Yukarıda belirttiğimiz üzere ispatın konusunu taraflar arasında çekişmeli olan ve dava konusu uyuşmazlığın çözümünde etkili olacak vakıalar oluşturur.³²⁹ Bu

³²⁷ **Y21HD**, 20.03.1997, E. 1997/1995, K. 1997/2025 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

³²⁸ **Aslanköylü**, 1338.

³²⁹ **Umar/Yılmaz**, 19 vd.

bakımdan, herkesçe bilinen vakıalar ile çekişmesiz vakıaların ispatına gerek yoktur (HMK m. 187/1, 2).

Bunun yanında karinenin bulunması halinde, karine lehine olan taraf o olayı ispat etmekle yükümlü değildir.³³⁰ Bu bakımdan karineler de ispatın gerekli olmadığı hallerden birisini oluşturur.

VI. Kanıtlama Yöntemi: Eşdeğer Delillerle Kanıtlama İlkesi

Hizmet tespiti davasında davacı, çalışma olgusunu kural olarak her türlü delil ile kanıtlayabilir. Ancak Yargıtay vermiş olduğu kararlarında yazılı delillerin aksinin eşdeğer delillerle kanıtlanması gerektiğine hükmetmektedir. Konu ile ilgili bir kararında Yüksek Mahkeme şu ifadelere yer vermiştir: “... *davacının işyerine 15.02.1987 gününde girdiği, 31.03.87 gününde işyerinden ayrıldığı, tekrar 04.02.1988 gününde girip, 01.03.1988 gününde ayrıldığı, son olarak, 01.08.1993 gününde girip, 01.05.2003 gününde ayrıldığı, ayrıca 24.10.1989-15.01.1990 tarihleri arasında başka bir işyerinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu giriş ve çıkışlar çalışmanın kesintili olduğunun karinesidir. Yazılı belgelerin aksinin eşdeğer belgelerle ispatı gerekir. Şahit ifadeleri takdiri delillerdir...*”³³¹ Görüldüğü üzere Yargıtay yazılı bir belgenin bulunması durumunda aksinin ispat yükü kendisinde olan tarafça ancak eşdeğerdeki bir yazılı belge ile ispatlanabileceğini karara bağlamıştır. Yüksek Mahkeme eski tarihli bir kararında da işçilik ödemesine ilişkin kayıtların, stopaj listelerinin ve muhtasar beyannamelerin dosyaya getirtilmesi gerektiğini ve bu yazılı

³³⁰ **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 375; **Postacıoğlu**, 435.

³³¹ **Y10HD**, 21.11.2005, E.2005/8281, K.2005/11972. Aynı yönde: **Y21HD**, 06.12.2005, E.2005/10716, K.2005/12614 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

belgelerin aksinin ancak eşdeğerde belgelerle ispatlanabileceğini hükme bağlamıştır.³³²

Yüksek Mahkemenin eşdeğer delille kanıtlama konusundaki kararlarından bazıları da müfettiş raporları ile ilgilidir. 5510 sayılı Kanunun 59. maddesine göre, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları tarafından düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Benzer bir hükme İş Kanununun 92. maddesinin 3. fıkrasında da yer verilmiştir. Yargıtay, müfettişlerce tutulan tutanakların aksinin ancak eşdeğer delillerle ispatlanabileceğini belirten kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “...Kurum müfettişi tarafından usulünce düzenlenmiş tutanaklar, aksi eşdeğerde delillerle kanıtlanıncaya kadar geçerli belgelerdendir...”³³³ Bu yöndeki diğer bir kararında da “...Açıklanan müfettiş raporunun aksi eşdeğer yazılı delillerle kanıtlanmadığı gibi, bu konuda verilmiş bulunan kesinleşmiş yargı kararı karşısında, artık soyut tanık beyanlarına itibar edilemez...”³³⁴

Yüksek Mahkeme ayrıca kamu kuruluşuna ait işyeri kayıtlarında görünmeyen çalışmaların da eşdeğer belgelerle ispat edilmesi gerektiğini karara bağlamıştır.³³⁵

³³² **Y10HD**, 05.12.2005, E. 2005/8656, K. 2005/12664, **Bilgili**, 352. Aynı yönde: **Y10HD**, 01.02.1994, E.1993/8030, K.1994/1336 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

³³³ **Y10HD**, 29.03.2005, E.2005/931, K.2005/3295 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

³³⁴ **Y10HD**, 21.06.2001, E.2001/4401, K.2001/4876 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

³³⁵ **Y21HD**, 27.03.2003, E.2003/1832, K.2003/2594 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

İşe giriş bildirgesi yazılı delil niteliği taşır. Dolayısıyla davacının, işe giriş bildirgesinde belirtilen işe giriş tarihinin aksini iddia etmesi durumunda, bu iddiasını eşdeğer delille kanıtlama ilkesi gereğince yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. Davacı işe giriş bildirgesinin üzerindeki imzanın kendisine ait olmadığını iddia ederse ve bu iddiasını usulünce ispat ederse işe giriş bildirgesinin bağlayıcılığı kalmayacak dolayısıyla eşdeğer delil ile kanıtlama zorunluluğundan söz edilemeyecektir.³³⁶

VII.İspatlanması Gereken Olgular

1. Sigortalılık Niteliği ve Fiili Çalışma

5510 sayılı Kanunun 86. maddesinin 9. fıkrasında işverence Kuruma bildirilmeyen sigortalıların hizmet tespiti davası açabilecekleri düzenlendiğine göre, davacı ancak sigortalı olarak geçen çalışmalarının tespitini talep edebilir.³³⁷

5510 sayılı Kanuna göre kişi çalışmaya başladığı tarihten itibaren sigortalı sayılır (m.7/I, a). Buna göre, sigortalılık niteliği bakımından eylemli çalışmanın gerçekleşmesi koşulunun gerçekleşmesi zorunludur. **Güzel/Okur/Caniklioglu**, haklı olarak, böyle bir kabulün uygulamada adil olmayan sonuçların ortaya çıkmasına yol açabileceğini, bu nedenle işverenin emrinde hazır bulunma halinin de sigortalılığın başlangıcına esas alınabileceğini belirtmektedir.³³⁸

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre, “... işe giriş bildirgesi, kişinin işe alınmış olduğunu gösterse de fiili çalışmanın varlığının ortaya konulması açısından tek başına yeterli kabul edilemez. Sigortalılıktan söz edebilmek için,

³³⁶ **Duman**, 96.

³³⁷ **Güzel**, 1985 Kararları, 194.

³³⁸ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 175.

*çalışmanın varlığı, Yargıtay uygulamasında 506 sayılı Yasanın 79/10. maddesine dayalı sigortalılığın tespiti davaları yönünden kabul edilen ilkelere uygun biçimde belirlenmelidir...”*³³⁹ 21. Hukuk Dairesi de Hukuk Genel Kurulu ile aynı yöndeki kararında “...*Sigortalılığın oluşumu yönünden çalışma olgusunun varlığı zorunludur. Eylemli veya gerçek biçimde çalışmanın varlığı saptanmadıkça, hizmet akdine dayanılarak dahi sigortalılıktan söz edilemez...*” ifadelerine yer vermiştir.³⁴⁰

İşverenin vergi mükellefiyetinin sonradan ortaya çıkmış olması fiili çalışma olgusuna etki etmez. Vergi kaydı bulunmaksızın işyeri açmak ve çalıştırmak mümkün olduğuna göre, davacının fiili olarak çalıştığını ispat etmesi durumunda çalışmanın tespitine karar verilmesi gerekir. Yüksek Mahkemenin uygulaması da bu yönde ve isabetlidir.³⁴¹ Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “(...) *Kuruma intikal eden bildirgenin yasa da gösterilen süre içinde işveren tarafından verilmiş bulunması sebebiyle geçerli bir bildirim olduğu, kaldı ki giriş tarihinden dört yıl sonra verilmiş bulunan bildirge üzerinde Kurumun herhangi bir araştırma ve incelemede bulunmadığı, sonuç olarak gerek işverenin gerekse Kurumun üzerlerine düşen görevi yerine getirmemelerinin sonucuna sigortalının katlanmaması gerektiği ortadadır. Öte yandan işverenin vergi mükellefiyetinin sonradan başlamış bulunmasının fiili çalışmaya bir etkisinin bulunmadığı, vergi*

³³⁹ **YHGK**, 30.05.2007, E.2007/21-306, K.2007/320. Aynı yönde: **YHGK**, 16.06.1999, E.1999/21-508, K.1999/525 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası); **Y21HD**, 27.02.2006, E. 2006/1108, K. 2006/1681, **Bulut**, 447-449.

³⁴⁰ **Y21HD**, 09.06.2008, E. 2007/1543, K. 2008/8855 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

³⁴¹ **Y21HD**, 04.04.2005, E.2005/466, K.2005/3276 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

kaydı bulunmaksızın işyeri çalıştırmanın mümkün bulunduğu, ayrıca işyerinin kapsama alınış tarihinin sonraki bir tarih olmasının da Kurumun idari bir işleminden ibaret olduğu, fili çalışmanın tesbiti halinde bu tarihin değişmesinin de mümkün bulunduğu açıktır. (...)” İşverenin ve Sosyal Güvenlik Kurumunun Kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmemiş olmasının yaratacağı olumsuz sonuçlardan sigortalının etkilenmesi düşünülemez.

2. İşyerinin Kanun Kapsamında Olup Olmadığı

5510 sayılı Kanunun 11. maddesi gereğince işveren, işyeri bildirgesini en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte Kuruma vermekle yükümlüdür. İşyeri bildirgesinin verilmesi ile birlikte işyeri kanun kapsamına alınmış olur. Hizmet tespiti davasının kabul edilebilmesi için işyerinin kanun kapsamında bulunması gerekir.³⁴² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında hizmet tespiti davasında işyerinin Kanun kapsamına bir işyeri olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini *“Yapılacak iş, davacının çalıştığı işyerinin 506 sayılı Yasa kapsamında bulunup bulunmadığı araştırılmak ve (...) sonucuna göre karar vermekten ibarettir”* ifadelerine yer vererek belirtmiştir.³⁴³

Sigortalının hizmet tespiti davasında işyerinin kanun kapsamında bulunmadığı döneme ilişkin çalışmalarının tespitini talep etmesi mümkündür. Ancak bu döneme ilişkin çalışmanın varlığını kuvvetli ve inandırıcı delillerle ispat etmesi

³⁴² **Duran**, 181; **Y10HD**, 02.04.2001, E. 2001/1235, K. 2001/2406, **Okur**, 2001 Kararları, 233.

³⁴³ **YHGK**, 16.06.1999, E.1999/21-508, K.1999/525 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

gerekir. Öğretide haklı olarak işyerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kanun kapsamına alınmadığı bir dönemde vergi kaydının bulunması ya da işyerinin meslek odasına kayıtlı olması durumunda davanın kabulüne karar verilebileceği belirtilmiştir.³⁴⁴ Gerçekten de, işverenin yasal yükümlülüklerinden olan işyerini bildirme yükümlülüğüne aykırı davranmasının sonuçlarına sigortalının katlanmasının Anayasal sosyal güvenlik hakkını zedeleyeceği kuşkusuzdur. Bu nedenle davacının işyerinin Kanun kapsamında bulunmadığı dönemde çalıştığını kuvvetli ve inandırıcı delillerle ispat etmesi durumunda bu hizmetlerinin tespitine karar verilmesi gerekir.

3. Kesintisiz Çalışma Olgusu

Çalışma hayatında işverenlerin ayda otuz gün çalıştırmalarına rağmen sigortalıları Sosyal Güvenlik Kurumuna otuz günden az bildirdikleri sıkça karşılaşılan bir durumdur. Ayrıca davacının tespitini talep ettiği dönemde askerlik yükümlülüğü, tutukluluk, yurt dışında bulunma gibi nedenlerle çalışmasının kesintiye uğramış olması da mümkündür. Davacının çalışmasının kesintisiz olduğunu iddia ettiği durumlarda re'sen araştırma ilkesi gereğince Mahkemece davacının bu iddiasının doğruluğunun araştırılması zorunludur.

Yargıtay, eski tarihli kararlarında, sigortalının Kuruma kısmi bildirilmesini kesintili çalışmaya karine saymıştır.³⁴⁵ Ancak Yüksek Mahkeme daha sonraki kararlarında bu görüşünden dönmüş ve bu karinenin uygulanabilmesini bordrolarda sigortalının imzasının bulunması koşuluna bağlamıştır.³⁴⁶ Yargıtay'ın görüşünü

³⁴⁴ **Duran**, 181.

³⁴⁵ **Y10HD**, 12.06.1995, E. 1995/5142, K. 1995/5398; **Aslanköylü**, 1333.

³⁴⁶ **YHGK**, 25.06.2003, E. 2003/21-410, K. 2003/425, **Bilgili**, 375.

değiştirmesi yerinde olmuştur. Zira sigortalının imzasını taşımayan bir belgenin sigortalı aleyhine delil oluşturması ve bu belgenin aksinin ancak eşdeğer nitelikte bir belge ile ispat edilebileceğinin kabulü mümkün değildir.³⁴⁷

Kanun koyucu 506 sayılı Kanunda 4447 sayılı Kanun ile yapmış olduğu değişiklik sonucunda Yüksek Mahkemenin kararlarında benimsenen karinenin dışında yeni bir karine getirmiştir. şöyle ki, getirilen yasa hükümleri ile işverene sigortalıyı ayın tüm günlerinde çalıştırmaması durumunda bunun nedenlerini belgeleriyle birlikte Kuruma bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. İşverence bu yükümlülüğe uyulmaması durumunda prim ödenmeyen günler için re'sen prim tahakkuk edileceği düzenlenmiştir. Bu yasa değişikliği karşısında Yüksek Mahkemenin kabul ettiği kesintili çalışma karinesine itibar etme imkânı kalmamıştır. Bu durumda sigortalının imzasını taşımayan bordronun bulunması durumunda da kısmi bildirim nedenleri işverence belgelendirilmemiş ise sigortalının o dönemde de kesintisiz çalıştığı yönünde bir karineden söz edilmesi mümkündür. Ancak sigortalı adına hiç bildirimde bulunulmamış ise bu kanuni karinenin uygulanma imkânı yoktur.³⁴⁸ Bunun yanında kısmi süreli iş akdi ile çalışanlar bakımından da anılan karinenin uygulanması mümkün değildir.

5510 sayılı Kanun, 506 sayılı Kanunda 2000 yılında yapılan değişiklikleri aynen benimsemiştir. 5510 sayılı Kanuna göre, ay içinde bazı işgünlerinde çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediği beyan edilen sigortalıların, otuz günden az çalıştıklarını ispatlayan belgelerin işverence ilgili aya ait aylık prim ve hizmet belgesine eklenmesi şarttır. Bu belgelerin işverence verilmemesi veya belgelerin

³⁴⁷ Aslanköylü, 1333.

³⁴⁸ Aslanköylü, 1334.

Kurumca geçerli sayılmaması halinde, otuz günden az bildirilen sürelerle ait aylık prim ve hizmet belgesi Kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı primler, bu Kanun hükümlerine göre tahsil olunur (SSGSSK m.86/4,5).

Yüksek Mahkeme bu konuya ilişkin bir kararında, “(...) 4447 sayılı Kanun ile 506 sayılı Kanunun 79. maddesine eklenen 2. fıkra hükmüne göre, "Ay içinde bazı işgünlerinde çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediği beyan edilen sigortalıların otuz günden az çalıştıklarını açıklayan bilgi ve belgelerin işverence prim bildirgelerine eklenmesi şarttır." Maddenin 3. fıkrasında ise bu kurala işverence uyulmaması halinde, Kurumca resen prim tahakkuk ettirilerek 80. maddeye göre tahsil edileceği hükmüne yer verilmiştir. Madenin açık ifadesi karşısında, eksik çalışmaya ilişkin bilgi ve belgelerin prim bildirgeleri ile birlikte süresinde verilmesinin şart olduğu anlaşılmakta ise de, bu konuda ortaya çıkabilecek bir uyumsuzluğun hallinde prim bildirgeleri ile birlikte Kuruma ibraz edilmediği halde süresinde düzenlenmiş olduğunda kuşku bulunmayan bilgi ve belgelerin Kuruma zamanında verilmiş olduğunun kabul edilmesi gerekir. Kuşkusuz burada söz konusu belgelerin yasanın öngördüğü sürede düzenlendiğini ispat külfeti işverene aittir, işveren bu konuda Noter veya resmi mercilerden alınmış yazı veya belgeler gibi doğruluğundan kuşku duyulmayan yazılı delillere dayanabilirse de adi olarak düzenlenmiş belge ve yazılar ile soyut tanık beyanlarına dayanarak iddiasını ispat etmiş sayılamaz.” hükmüne yer vermiştir.³⁴⁹ Bu durumda işverence süresinde düzenlenmiş olduğunda kuşku bulunmayan belgelerin Kuruma zamanında verilmiş olduğunun kabul edilmesi gerekir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin bu görüşü yerindedir. Ancak kararda verilen

³⁴⁹ **Y10HD**, 29.02.2002, E. 2002/781, K. 2002/2866, **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 315, dn. 111.

örneklerde olduğu gibi işverence söz konusu belgelerin süresinde düzenlendiği Noter veya resmi kurumlardan alınacak belgeler ile kuşku duyulmayacak ölçüde ispatlanması şarttır.

Sigortalının imzasını taşıyan ücret tediye bordrolarında çalışmanın kesintili gösterildiği durumlarda sigortalının söz konusu bordroları hata, hile veya ikrah yoluyla imzaladığını ileri sürmemesi ve bordrolarda bulunan imzayı inkâr etmemiş olması söz konusu ise bordroların sigortalının kesintili çalıştığına karine oluşturacağı, sigortalının da bu karinenin aksini ancak eşdeğer nitelikte delillerle ispat etmesi gerektiği savunulmaktadır.³⁵⁰ Kanımca çalışma hayatının sigortalı aleyhine gerçekleşen koşullarını, işverenin sigortalı üzerindeki baskısını ve sigortalının iş sözleşmesinin zayıf tarafını oluşturduğu olgularını da göz ardı etmemek gerekir. Bu nedenle sigortalının işverence önüne sunulan belgeyi imza etmeme veya ihtirazi kayıt koyma imkânı çoğu zaman bulunmamaktadır. Bu durumlarda sigortalının ücret tediye bordrolarının işverence zorla ve baskı ile imzalatıldığını iddia etmesinin mümkün olduğu ileri sürülebilirse de bu iddiaların ispat yükü sigortalıdadır. Bu nedenle her ne kadar ücret tediye bordrolarında sigortalının imzası bulunuyor ise de söz konusu bordroların sigortalı aleyhine bir karine oluşturduğunu ve aksinin ancak eşdeğer belgelerle ispat edilebileceğini kabul etmenin doğru olmadığı düşünüyoruz.

Birden fazla işe giriş bildirgesinin verilmiş olması kural olarak kesintili çalışmaya karine teşkil eder. İşe giriş bildirgesi sigortalının çalışmaya başladığını gösterir. Sigortalı adına birden fazla işe giriş bildirgesinin verilmiş olması sigortalının işverene ait işyerinde birden fazla girip çıktığını gösterir. Bu durumda

³⁵⁰ **Aslanköylü**, 1334.

sigortalının yazılı belge niteliğini taşıyan işe giriş bildirgelerinin aksini ancak eşdeğer delil ile kanıtlayabileceğinin kabulü gerekir. İşveren lehine böyle bir karinenin oluştuğundan söz edilebilmesi için kuşkusuz işe giriş bildirgelerinde sigortalın imzasının bulunması gerekir. Ancak şuna da dikkat etmek gerekir ki iş akdinin devamı süresince sigortalının, işveren tarafından önüne sunulan işe giriş bildirgesini imzalamama şansının bulunduğunu söylemek güçtür. Bu nedenle sigortalının işe giriş bildirgelerini işten atılma korkusu ile baskı altında imzaladığını ispat etmesi durumunda söz konusu karineye itibar edilmemesi ve sigortalıya tanık dinletme imkânı tanınması gerekir. Şu hususu da ifade etmek gerekir ki sigortalının işe giriş bildirgesindeki imzayı inkâr etmiş olması durumunda Kurum’u hasım göstererek ayrı bir dava açmak zorundadır. Hizmet tespiti davasına bakan hâkim davacıya dava açması için iki haftalık kesin süre verir (HMK m. 208/4). İşe giriş bildirgesinde yer alan imzanın davacıya ait olmadığı mahkeme kararı ile sabit hale gelirse, işe giriş bildirgesi delil niteliğini kaybedecek (HMK m.209/2) ve eşdeğer delillerle ispat ilkesinin uygulanması gerektiğinden söz edilemeyecektir.

4. Bir Günlük Çalışmanın Tespiti Davaları

Kişi, çalışmaya başlamakla sigortalılık niteliğini kazanır. Ancak Kurum’un Kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirebilmesi için sigortalının varlığından haberdar olması gerekir. İşverenin çalıştırdığı sigortalıları Kuruma bildirme yükümlülüğü bu amaçla getirilmiştir.³⁵¹ İşveren, çalıştıracığı sigortalıları kural olarak çalıştırmaya başlamadan önce Kuruma bildirmekle yükümlüdür. Bu konu yukarıda ayrıntılı bir biçimde incelendi.

³⁵¹ Güzel/Okur/Caniklioglu, 177.

Uygulamada yalnızca bir günlük çalışmanın tespiti için açılan hizmet tespiti davaları karşımıza çıkmaktadır. Sigortalının bu davayı açmaktaki amacı, sigortalılık tarihini işe giriş bildirgesinin verildiği tarihe kadar geri götürmektir. 506 sayılı Kanunun 9. maddesiyle işveren, çalıştıracağı sigortalıları en geç bir ay içerisinde Kuruma bildirmekle yükümlü tutulmuşken anılan düzenleme 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunun 2. maddesi ile değiştirilmiş ve işverenin çalıştıracağı kişileri işe başlamadan önce Kuruma bildirmekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Yapılan değişiklik son derece isabetlidir. Zira eski düzenlemede işyerinde fiilen çalışmasına rağmen henüz bir aylık süre dolmadığından Kuruma bildirilmeyen bir işçi kesimi ortaya çıkmaktaydı. 4447 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme 5510 sayılı Kanunda da aynen benimsenmiştir.

Hizmet tespiti davalarında işe giriş bildirgesi yazılı bir delil niteliği taşır. Uygulamada Yargıtay 10. ve 21. Hukuk Daireleri görüşleri arasında paralellik bulunmakta ve her iki özel daire de işe giriş bildirgesinin verilmesinin bir günlük çalışmaya karine teşkil ettiğini hükme bağlamaktadır.³⁵² Bu karine sigortalı lehine kabul edildiğinden aksi her zaman davalı tarafından ispat edilebilir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere işe giriş bildirgesi yazılı bir delil olduğuna göre, aksinin davalı tarafından eşdeğer nitelikte belgeler ile kanıtlanması gerekir. Ne var ki Yüksek Mahkeme 2008 yılında bir günlük çalışmanın tespitine ilişkin davada vermiş olduğu

³⁵² **Y10HD**, 05.06.2000, E. 2000/3968, K. 2000/4092. Aynı yönde: **Y21HD**, 31.05.1999, E. 1999/3554, K. 1999/3752. **Y10HD**, 14.02.2006, E. 2005/13570, K. 2006/1300; **Y10HD**, 29.02.2000, E. 2000/1381, K. 2000/1242 (Legal İçtihat Bilgi Bankası), **Y21HD**, 13.10.2000, E. 2000/7748, K. 2000/7857, **Kaçak**, 954.

bir kararında,³⁵³ sigortalı lehine kabul edilen karineden hiç söz etmemiştir. Karara konu olayda, davacı babasına ait işyerinde, işyerinin Kanun kapsamından çıkarılmasından sonra verilen ve sigortalı imzasını içermeyen işe giriş bildirgesine istinaden bir gün çalıştığının tespitini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme, işveren babanın, davacı oğlunu, sosyal güvenlik hakkından mahrum etmesinin hayatın olağan akışına ters düşeceğini ve davacının fiili çalışmanın varlığını ispat etmesi gerektiğini karara bağlamıştır. Görüldüğü üzere Yargıtay, somut olayın kendine has özelliklerini göz önüne alarak değerlendirme yapmakta ve kimi zaman sigortalı lehine kabul edilen fiili karinenin uygulanmayacağını karara bağlamaktadır. Bu yöndeki bir başka kararında da Yargıtay, “...özellikle dosya içerisinde mevcut müfettiş tutanakları içeriğine nazaran aynı işyerinde fiilen çalışmadıkları halde işveren tarafından Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirim yapılan kişilerin varlığının saptanması karşısında; davacının işyerinde çalışma olgusu üzerinde hassasiyetle durulmalı ve bu yönde, tesbite konu sürede davacı ile birlikte dilen çalışanlar ile işyerine yakın komşu işverenler ile orada çalışanlar resen saptanarak tanık sıfatıyla dinlenmeli ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır” ifadelerine yer vererek sigortalı lehine kabul ettiği fiili karineye itibar etmemiştir.³⁵⁴ Doktrinde, sigortalı lehine kabul edilen karineye rağmen fiili çalışmanın ispatının beklenmesinin hukuk yargılama usulüne aykırı olduğu haklı olarak ifade edilmiştir.³⁵⁵

³⁵³ **Y10HD**, 24.03.2008, E. 2008/2133, K. 2008/3907 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

³⁵⁴ **Y10HD**, 29.02.2000, E. 2000/1381, K. 2000/1242 (Legal İçtihat Bilgi Bankası).

³⁵⁵ **Duran**, 179.

Yargıtay 2013 tarihli bir kararında sigortalı lehine kabul ettiği karineden hiç söz etmemiş; sigortalının bir gün fiilen çalıştığı yönündeki iddiasını ispat etmesi gerektiğini karara bağlamıştır. Anılan kararda Yüksek Mahkeme şu ifadelerle yer vermiştir: “...davacıya ait 12.03.1985 tarihli ilk işe giriş bildirgesinin ... Sanayi Ticaret A.Ş.’ne ait işyerinden verildiği, ... Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına verilen sigortalı işe giriş bildirgesi, ilgilinin işe alındığını gösteren yazılı bir delil ise de, sigortalılığın kabulü açısından kuşkusuz tek başına yeterli kabul edilemez ve bu kapsamda çalışma olgusunu ortaya koyabilecek inandırıcı ve yeterli başka kanıtlar aranmalıdır. ...iddianın somut ve inandırıcı bilgilere dayalı biçimde kanıtlanıp kanıtlanmadığı değerlendirilmelidir.”³⁵⁶

Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bu kararlar ile önceki kararlarında kabul ettiği işe giriş bildirgesinin en az bir günlük çalışmaya karine teşkil ettiği ve aksinin davalılarca ispatlanması gerektiği yönündeki görüşünü değiştirmiş bulunmaktadır.

³⁵⁶ **Y10HD**, 15.01.2013, E. 2012/24989, K. 2013/173 (Legal İçtihat Bilgi Bankası); Aynı yönde; **Y10HD**, 29.09.2011, E.2011/11612, K. 2011/12662 (Legal İçtihat Bilgi Bankası); “Davacı, ... işverene ait işyerinde ... 1 gün çalıştığının tespitine karar verilmesini talep etmiştir. 506 sayılı Kanunun 60/G maddesi ‘... 18 yaşından önce malullük, yaşlılık, ölüm sigortalarına tabi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdukları tarihte başlamış kabul edilir ...’ kuralına rağmen, davacının 1968 doğumlu olduğu gözetilmeden, sigorta başlangıcının 10.10.1983 olarak kabulü usul ve yasaya aykırı olup, karar bozulmalıdır.” **Y10HD**, 25.03.2002, E. 2002/2192, K. 2002/2564, **Bilgili**, 198. Aynı yönde; **Y10HD**, 15.01.2013, E. 2012/24989, K. 2013/173 (Legal İçtihat Bilgi Bankası);

Doktrinde, bir günlük çalışmanın tespiti için açılan davalarda husumetin yalnızca Sosyal Güvenlik Kurumuna yöneltilmesinin yeterli olacağı savunulmaktadır.³⁵⁷ Kanımca bu görüş isabetli değildir. Şöyle ki bir günlük çalışmanın tespiti için açılan dava, nitelik olarak bir hizmet tespiti davasıdır. Bu nedenle uyuşmazlığın hizmet tespiti davalarının tabi olduğu esaslara göre çözümlenmesi gerekir.³⁵⁸ Bu durumda davanın işverene de yöneltilmesi gerekir. Ayrıca davanın işverene yöneltilmemiş olması durumunda tespit edilecek bir günlük çalışma sonucunda tahakkuk ettirilen primlerin işverenden tahsili mümkün olamayacaktır. Zira işverenin taraf olmadığı bir davada verilen hükmün işveren yönünden bir bağlayıcılığı olduğu söylenemez. Davanın yalnızca Kuruma karşı açılmış olması durumunda, hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin yönü dikkate alınarak hâkim tarafından işverenin de davaya katılması sağlanmalıdır. Ancak işverenin bulunmadığı durumlarda yargılamaya devam edilmeli, bu durumun yarattığı olumsuz sonuçlar davacıya yüklenmemelidir. Yapılacak yargılama sonucunda davacının iddiasını ispat etmesi halinde Kurum aleyhine hüküm kurulmalıdır.

5. Ücret Miktarı

Davacının, hizmet tespiti davasında ispat etmesi gereken vakılardan birisi de ücret miktarıdır. Hizmet tespiti davasında davacının ücretinin belirlenmesi Kurumca işverene tahakkuk ettirilecek primler açısından önem taşır. Bu nedenle dava sonunda

³⁵⁷ **Korkusuz/Uğur**, 313.

³⁵⁸ **Y10HD**, 29.09.2011, E.2011/11612, K. 2011/12662 (Legal İçtihat Bilgi Bankası).

mahkemece verilecek hükümde eksik bildirilen gün sayısı yanında davacının ücretine, daha geniş ve teknik bir ifadeyle prime esas kazancına da yer verilmelidir.

Prime esas kazanç, Kurum tarafından tahakkuk edilecek prim miktarının tespitinde esas alınan matrahtır. Prime esas kazancın tespitinde, hak edilen ücretler, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde yapılan ödemelerin ve işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen tutarlar, idare veya yargı mercilerince verilen karar gereğince ücret, prim, ikramiye niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin brüt toplamı esas alınır (SSGSSK m.80/I, a). Kanun prime esas kazanca dâhil edilemeyecek olan kazançları da saymıştır. Buna göre, aynı yardımlar ve ölüm, doğum ve evlenme yardımları, görev yollukları, seyyar görev tazminatı, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme, keşif ücreti, ihbar ve kasa tazminatları ile Kurumca tutarları yıllar itibarıyla belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları, işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin % 30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları tutarları, prime esas kazanca tabi tutulmaz (SSGSSK m.80/I, b). Bu istisnalar dışında her ne adla yapılsa yapılsın tüm ödemeler ile aynı yardım yerine geçmek üzere yapılan nakdi ödemeler prime esas kazanca tabi tutulur. Diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnalar bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmaz (SSGSSK m.80/I, c).

Hizmet tespiti davasında çalışma olgusunun her türlü delil ile ispatlanması mümkün iken ücretin ispatında bu denli bir serbestlik bulunmamaktadır.³⁵⁹ Hukuk

³⁵⁹ Öztürk, Tespit, 46; Duman, 100.

Muhakemeleri Kanununun 200. maddesinde “*Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz*” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, davacının davalı işverene ait işyerinde çalışmakta iken aldığı ücretin 2.500,00-TL’nin üzerinde olduğunu iddia etmesi halinde bu iddiasını yazılı delil ile ispatlaması gerekir; bu hususta kural olarak tanık deliline başvurulması mümkün değildir.³⁶⁰

Delil başlangıcının bulunduğu durumlar senetle ispat kuralının istisnasını oluşturur. Delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir (HMK m. 202/2). Buna göre, iddia edilen ücret miktarı HMK m. 200’deki sınırı aşıyor olsa bile delil başlangıcı sayılabilecek belgelerin bulunması durumunda tanık dinletilmesi mümkündür.³⁶¹ Yargıtay’ın da görüşü bu doğrultudadır.³⁶²

Yargıtay bir kararında ücretin tanık ifadeleri esas alınarak belirlenemeyeceğini, emsal ücret araştırması yapması gerektiğini ifade etmiş yerel

³⁶⁰ **Kuru**, Usul, C. II, 2203; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 496.

³⁶¹ **Kuru**, Usul, C. II, 2313; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 498.

³⁶² **Y10HD**, 23.12.1991, E. 1991/12704, K. 1991/11424 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde: **YHGK**, 23.03.1994, E. 1993/10-976, K. 1994/161; **Duman**, 101.

mahkeme kararını bozmuştur. Anılan kararında Yüksek Mahkeme şu ifadelere yer vermiştir: “Dosyadaki kayıt ve belgelerden; ...dosya içerisinde dönem bordroları ve ücret tediye belgelerinin bulunmadığı, sigortalı sicil dosyası ile işyeri özlük dosyasının getirilmediği, mahkemenin emsal ücret araştırması yapmadan tanık beyanları doğrultusunda davacının net ücretini 1.200,00 TL kabul ederek hüküm kurduğu anlaşılmakta ise de davacının ücretinin yalnız başına tanık beyanları ile tespiti yerinde değildir. Destek hizmetler müdürü olarak görev yapan davacının asgari ücret ile çalışması hayatın olağan akışına aykırı olmakla birlikte davacının ücretinin yöntemince araştırılmadığı da açıktır. Mahkemece yapılacak iş, dönem bordrolarını, ücret tediye belgelerini, sigortalı sicil dosyası ile işyeri özlük dosyasını getirtmek, davacının eğitim durumu, mesleği, yaşı ve meslek kıdemi belirtmek suretiyle davaya konu dönemde benzer işyerlerinde aynı ünvanla çalışan kişilerin emsal ücretlerini ilgili meslek kuruluşundan sormak, davacıya banka kanalıyla ücret ödemesi yapıldığı belirlenir ise banka kayıtlarını getirtmek, ... ve dosya içerisinde yer alan delil ve belgeler ile birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar vermekten ibarettir.”³⁶³

VIII. Davanın Kamu Düzenine İlişkin Olması ve Re’sen Araştırma İlkesi

Sosyal güvenlik hakkı Anayasa ile güvence altına alınmış devredilemez ve feragat edilemez bir insan hakkıdır. Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu ifade eden Anayasa, bu hakkı yerine getirmek amacıyla gerekli düzenlemeleri yapma ödevini de Devlete yüklemiştir. Bu yönüyle sosyal güvenlik

³⁶³ **Y21HD**, 15.03.2011, E. 2010/1931, K. 2011/2249 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

hakkı, doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendirmektedir. 5510 sayılı Kanunun 86/9. maddesinde düzenlenen hizmet tespiti davaları sosyal güvenliğin sağlanmasında önemli bir yere sahiptir. Bu nedenle sosyal güvenlik hakkının sağlanmasına hizmet eden bu davalar da kamu düzenine ilişkindir. Hizmet tespiti davalarının bu yönü hem 10. ve 21. Hukuk Dairelerince hem de Hukuk Genel Kurulunca istikrarlı bir biçimde vurgulanmıştır.³⁶⁴

Davaya bakan hâkim, davanın kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle, taraflarca sunulan ve getirtilen deliller ile bağlı olmayıp, gerçek durumun ortaya çıkması için her türlü araştırmayı yapmalıdır.³⁶⁵ Re'sen araştırma ilkesi olarak ifade edilen bu durum, dava malzemesinin hazırlanmasında, tarafların yanında hâkimin de görevli olması anlamını taşır.³⁶⁶ Hizmet tespiti davalarında suiistimallerin önüne geçilmesi için de bu davaların özel bir duyarlılık ve titizlikle incelenmesi gerekir.³⁶⁷

Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda hâkim, taraflarca ikrar edilen, diğer bir ifade ile çekişme konusu olmaktan çıkan vakıaları da inceleme konusu yapar. Ayrıca tarafların ileri sürmediği vakıaları da araştırıp kararını tespit

³⁶⁴ **YHGK**, 18.06.2008, E. 2008/21-429, K. 2008/437, **Bilgili** 160; *Aynı yönde*: **Y10HD**, 26.12.2005, E.2005/10213, K. 2005/13964. **Y10HD**, 13.02.1992, E. 1991/11188, K. 1992/1639. **Y10HD**, 21.01.2010, E. 2009/18137, K. 2010/565. **Y10HD**, 13.12.2007, E. 2007/2474, K. 2007/21032. **Y21HD**, 20.10.2003, E. 2003/8020, K. 2003/8122. **Y21HD**, 19.12.2005, E. 2005/12699, K. 2005/13396 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

³⁶⁵ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 334.

³⁶⁶ **Kuru**, Usul, C. II, 1923.

³⁶⁷ **Duman**, 97.

ettiği vakıalara dayandırabilir. Bu davalarda ikrar hâkimi bağlamaz ve yemin teklif edilmesi mümkün değildir.³⁶⁸

Uygulamada, ilk derece mahkemelerinin kararları çoğu zaman eksik araştırma yapılarak hüküm kurulduğu gerekçesiyle Yargıtay tarafından bozulmaktadır. Yüksek Mahkeme bir kararında, “... temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, bu tür davalarda tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip, gerek görüldüğünde re'sen araştırma yapılarak kanıt toplanabileceği göz önünde bulundurularak, davacının hizmet akdiyle çalışmasının gerçekliğinin ve çalışma süresinin belirlenebilmesi amacıyla, çalışmayı ortaya koyabilecek inandırıcı ve yeterli kanıt olarak; 1) Davalı Kurumda kayıtlı olmayan N.... S.... ve B..... K..’un, vergi dairesinde ve meslek kuruluşlarında kayıtlı olup olmadıkları, P. Pamuk Ürünleri Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi işyerinde ustabaşı, şef gibi pozisyonlarının olup olmadığı, bu işyerinden Kuruma bildirilen çalışmaları olup olmadığı araştırılmalıdır. 2) Davanın niteliği itibariyle aracı ve asıl işveren iş yerlerinde tutulması gerekli dosya, puantaj kayıtları ve ücret bordroları ile kurumdaki belge ve kayıtlar celbedilmeli, müfettiş raporları olup olmadığı araştırılmalıdır. 3) Aynı dönemde davalı iş yerlerinde çalışanlar saptanmalı, gerektiğinde komşu iş yeri sahipleri ve bordrolara geçmiş çalışanlar ile davacının çalışmasını bilecek durumda olanların re'sen tanık sıfatı ile dinlenmeleri suretiyle; davacının çalışmasının niteliği ve süresi, kesinti veya askıya alınma durumunun olup olmadığı, anılan çalışmalar sırasında emir ve talimat yetkisinin kimde olduğu konusunda ayrıntılı beyanları alınarak, verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları taraflar ile ilişkileri ve işyerinin kapsam ve kapasitesi itibariyle beyanlarının

³⁶⁸ **Kuru**, Usul, C. II, 1923-1924.

doğruluğu sorgulanmalıdır. 4) Bu araştırmada gerekirse zabıta aracı kılınmalı, elde edilen bilgilerin tanık anlatımlarında belirtilen olgularla örtüşüp örtüşmediği irdelenmelidir. 5) Öte yandan, 18.12.1997 - 31.07.1998 ve 10.09.1998 - 31.01.1999 tarihleri arasında davacı çalışmalarının Kuruma bildirildiği anlaşılan K . Tarım Ürünleri Dış Ticaret Sanayi Anonim Şirketinde geçen çalışmaları davacıya açıklatılmalı, anılan şirketin davalılarla ilişkisi araştırılmalı ve böylece davaya ilişkin yeterli ve gerekli tüm soruşturma yapıp, uyuşmazlık konusu yönler hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip, tüm kanıtlar değerlendirilerek karar verilmelidir. 6) Kabule göre; davalı B .. Y .. hakkında hüküm kurulmaması isabetsizdir. Mahkemece, yukarıda açıklanan esaslar doğrultusunda araştırma yapılarak elde edilecek sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir” ifadelerine yer vermiştir.³⁶⁹ Yargıtay bu kararında esas itibarıyla hizmet tespiti davasında hâkim tarafından yapılması gereken araştırmanın genel bir çerçevesini çizmiştir. Buna göre, hizmet tespiti davasına bakan hâkim, öncelikle davacının çalıştığını iddia ettiği işyerinin bulunup bulunmadığını, Kuruma tescil edilip edilmediğini, davacının tespitini talep ettiği dönemde sigortalı olup olmadığını tespit etmelidir. Bunun için davacıya ait işyeri sicil dosyası ile SGK şahsi sicil dosyası celp edilmeli ve incelenmelidir. Davacının ve davalı işverenin gösterdiği tanıkların mahkemeye sunmuş oldukları bilgileri nasıl edindikleri, aradan uzun süre geçmiş olması durumunda bu bilgileri nasıl hatırladıkları sorgulamalıdır. Bunun yanında tespiti

³⁶⁹ **Y10HD**, 15.09.2008, E. 2008/11651, K. 2008/10601 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası); *Aynı yönde: YHGK*, 17.11.1993, E. 1993/10-499, K. 1993/720, **Bilgili**, 218.

talep edilen döneme ilişkin olarak SGK kayıtlarında davacı ile aynı işyerinde çalıştığı tespit edilen kişileri re'sen tanık olarak duruşmaya davet ederek dinlemelidir. Davacının kesintisiz çalışma iddiasında bulunması durumunda işyerinde yürütülen faaliyetin kesintisiz çalışma gerektirip gerektirmediği, mevsimlik olup olmadığı gibi hususlar incelenmelidir. Yargıtay, bu saydığımız ilkelere uygun olarak araştırma yapılmadan verilen ilk derece mahkemesi kararlarını bozmakta ve hâkimden yeniden araştırma yapılmasını istemektedir.

Hukuk Genel Kurulu Kararına konu bir olayda, davacı, 01.04.1978 – 31.12.1987 tarihleri arasında köy tüzel kişiliğine bağlı olarak çalıştığının tespitini talep etmiştir. Hukuk Genel Kurulu kararında, Samsun Valiliği Mahalli İdareler Müdürlüğü davacının Asarağaç Köyünde 13.02.1978 – 03.05.1984 tarihleri arasında bekçilik yaptığının kayıtlardan tespit edildiğini bildirmesine karşın bu belgeler yerel mahkemece celbedilip incelenmediği gibi köy karar defterleri, gelir-gider defterlerinin hangi sebeple bulunmadığı, işyerinin kapsamda olup olmadığı araştırılmadan hüküm kurulduğu, mahkemece re'sen araştırma ilkesi doğrultusunda ilgili Kurumlardan gerekli belgelerin celbedilmesi ve hak düşümü süresinin geçip geçmediğinin incelenmesi gerektiği, ardından da dava konusu dönemdeki muhtar ve üyelerin tanık olarak dinlenerek dava konusu uyuşmazlık hakkında karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁷⁰

Çıraklık ilişkisinde, akdi ilişkinin üstün niteliği çalışma olgusu değil, sigortalıya bir meslek ve sanatın öğretilmesidir. Çırak, işyerinde üretimle ilgili çalışmalara katılıyor, meslek ve sanat eğitimi arka planda tutuluyorsa, bu durumda çıraklık ilişkisinden söz edilemeyeceği açıktır. Yargıtay yerel mahkemece, taraflar

³⁷⁰ **YHGK**, 03.03.2004, E. 2004/21-139, K. 2004/117, **Bilgili**, 155-159.

arasında çıraklık sözleşmesi bulunup bulunmadığı usulünce araştırılmaksızın, aradaki ilişki çıraklık ilişkisi kabul edilerek direnme kararı verilmesini usul ve yasaya aykırı bulmuştur.³⁷¹

Davacının hizmetinin tespitine karar verilen dönemler dışında yapılan bildirimlerde tek işçi olarak çalıştığı ve birlikte çalışan sigortalı diğer işçilerin bilgilerine başvurmak mümkün bulunmadığı gözetilerek işyerine komşu diğer işyeri sahipleri ve bu işyerlerinin ücret bordrolarında veya SSK'na verilen dönem bordrolarında isimleri bulunan çalışanlarını re'sen araştırmak ve bu tanıkların bilgilerine başvurularak elde edilecek sonuca göre karar verilmelidir.³⁷²

Hukuk Genel Kurulu husumetin doğru kişiye yöneltilmesi gerektiğine ilişkin bir kararında ise, *“Davacının çalıştığını iddia ettiği işyerinin dava dışı Ferhat B. 'ye ait olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle yapılması gereken, davacıya işyeri sahibine husumet yöneltmesi için davacıya süre verilmesi, işyeri sahibinin davaya dâhil edilmesinden sonra sunduğu delilleri ile getirtilmesini talep ettiği delillerin toplanması ve hep birlikte değerlendirilmesi gerekir”* ifadelerine yer vermiştir.³⁷³

Hizmet tespiti davalarında husumetin Sosyal Güvenlik Kurumuna ve işverene yöneltilmesi gerektiğini yukarıda ifade etmiştik. Yargıtaya göre, davacının davaya dâhil edilen şirketin mi yoksa bu şirketin ortaklarının işyerinde mi çalıştığı, başka bir anlatımla hizmet akdinin tüzel kişi ile mi yoksa gerçek kişilerle mi yapıldığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Davacının işverenin gerçek kişiler olduğunun

³⁷¹ **YHGK**, 18.10.2006, E. 2006/10-629, K. 2006/669, **Bilgili**, 139.

³⁷² **Y21HD**, 24.10.2003, E. 2003/7721, K. 2003/8408 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

³⁷³ **YHGK**, 24.12.2008, E. 2008/21-779, K. 2008/760, **Bilgili**, 179.

tespit edilmesi durumunda yöntemince davaya dahil edilmeleri için davacıya mehil verilmelidir.³⁷⁴

Hizmet tespiti davasına bakan mahkeme, öncelikle davacıya ait SGK şahsi sicil dosyasını celp etmelidir. Yargıtay da bir kararında, mahkemece yapılan araştırmanın hüküm kurmaya yeterli olmadığını, davacıya ait şahsi sicil dosyasının Kurumdan celbedilmesi gerektiğini öngörmüştür. Anılan kararında Yüksek Mahkeme, yerel mahkemenin talepten fazlasına hükmedemeyeceğini de belirtmiştir.³⁷⁵ Bunun yanında davalı işveren nezdinde tutulan belgeler, Kurum'da işyeri adına tutulan dosya ve işyeri ile ilgili teftiş işlemleri sonucunda tutulan tutanak ve raporlar da getirilmeli, kamu düzenine ilişkin bu davada gerekli her türlü araştırma yapılmalıdır.³⁷⁶

Yargıtay, davacının çalışmasını bilebilecek durumda olan komşu işyerlerinde kayıtlara geçmiş çalışanların re'sen tanık sıfatı ile dinlenmeleri suretiyle davacının çalışmasının niteliği ve süresi, mevsimlik mi, devamlı mı olduğu, kesinti veya askıya alınma durumunun olup olmadığı, anılan çalışmalar sırasında emir ve talimat verme yetkisinin kimde olduğu konusunda ayrıntılı beyan alınması gerektiğini, ayrıca bu kişilerin verdikleri bilgilere nasıl vakıf olduklarının, taraflar ile ilişkilerinin ve işyerinin niteliği itibariyle beyanlarının doğruluğunun sorgulanması gerektiğini

³⁷⁴ **Y10HD**, 26.06.2003, E. 2003/4281, K. 2003/5333, **Bilgili**, 188.

³⁷⁵ **Y10HD**, 25.01.2005, E. 2004/9739, K. 2005/16, **Bilgili**, 195.

³⁷⁶ **Y10HD**, 16.09.2003, E. 2003/7088, K. 2003/5795, **Bilgili**, 207.

karara bağlamıştır.³⁷⁷ Bir başka kararında ise davacının davalı işyerinde çalıştığı döneme ilişkin dönem bordrolarının Sosyal Güvenlik Kurumundan getirtilmesini, bu bordrolardan davacı ile aynı dönemde çalışmış kişilerin tespit edilmesi ve tanık olarak ifadelerine başvurulması gerektiğini belirtmiştir.³⁷⁸

Yüksek Mahkemeye göre, eylemli veya gerçek biçimde çalışmanın varlığı saptanmadıkça hizmet akdine dayanılarak dahi sigortalılıktan söz edilemez. Fiili ve gerçek çalışmayı ortaya koyacak belgeler, işvence Kuruma verilmesi zorunlu olan belgelerdir.³⁷⁹ İşe giriş bildirgesinin verilmiş olması fiili çalışmanın ortaya konulması açısından tek başına yeterli kabul edilemez.³⁸⁰ Yargıtay bir başka kararında ise kocasının otelinde muhasebecilik yaptığı iddia edilen kadının sigortalı sayılması içi, öğrenim durumu itibarıyla muhasebecilik yapabildiği yapamayacağı, işverenin muhasebe defter ve kayıtlarında yazıları ile hesaplarının bulunup bulunmadığı, ücret alıp almadığı hususlarının araştırılması gerektiğine karar vermiştir.³⁸¹

³⁷⁷ **Y10HD**, 11.12.2006, K. 2006/12159, K. 2006/16166. *Aynı yönde*: **Y10HD**, 04.12.2006, E. 2006/12160, K. 2006/15865, **Bilgili**, 222-224; **Y10HD**, 25.01.2005, E. 2005/9693, K. 2005/52.

³⁷⁸ **Y21HD**, 09.04.2007, E. 2006/6966, K. 2007/6153, **Bilgili**, 390.

³⁷⁹ **YHGK**, 06.07.2005, E. 2005/21-437, K. 2005/448, **Bilgili**, 231.

³⁸⁰ **YHGK**, 12.03.2008, E. 2008/21-242, K. 2008/251 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası). *Aynı yönde*: **YHGK**, 27.10.1999, E. 1999/21-918, K. 1999/875, **Y10HD**, 03.02.2005, E. 2004/9958, K. 2005/649, **Y10HD**, 24.03.2008, E. 2008/2133, K. 2008/3907, **Bilgili**, 236-240.

³⁸¹ **Y10HD**, 26.11.1982, E. 1982/5150, K. 1982/5269. *Aynı yönde*: **Y10HD**, 20.10.1981, E. 1981/4668, K. 1981/5372, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 137. İşçinin

Yargıtay bir kararında, imzanın zaman içinde değişebileceğini, imzanın sigortalıya ait olmamasının, çalışanın sigortalı olmadığı sonucunu doğurmayacağını, imza uymasa bile diğer delillerin inandırıcı olması durumunda, salt imza uymuyor diye davanın reddine karar verilemeyeceğini hükme bağlamıştır.³⁸²

IX. İspat Araçları

A. Kesin İspat Araçları

1. Senet ve Belge

HMK m. 199'da sadece kesin delil olan senet değil üst kavram olan belge de tanımlanmıştır. Belge bir bilgi taşıyıcısıdır. Ancak her bilgi taşıyıcısı değil, uyumsuzluk konusu vakıayı ispatlamaya elverişli olan bilgi taşıyıcıları, Medeni Usul Hukuku anlamında belge sayılmıştır.³⁸³ Her senet bir belge olmasına rağmen, her belge bir senet değildir. Senet, kişinin iradesine ilişkin beyanının dış dünyaya yazılı olarak yansıtılması biçimidir. Ayrıca senedin yazılı olması, bir vakıa hakkında bir irade beyanı içermesi ve imzalı olması gerekir.³⁸⁴ Belirtilen unsurlardan birinin bulunmaması durumunda bilgi taşıyıcısı belge olarak nitelendirilmekle birlikte, senet olarak kabul edilmeyecektir.³⁸⁵

mesleki yeterliliğinin araştırılması gerektiği konusunda bir başka karar için bkz.

Y10HD, 01.07.2010, E. 2009/3481, K. 2010/9737, LİHSGHD, S. 27, 1263.

³⁸² **Y10HD**, 18.11.2003, E. 2003/7292, K. 2003/8438, **Bilgili**, 268.

³⁸³ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 480.

³⁸⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 482.

³⁸⁵ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 483.

Senetler, adi ve resmi senet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Resmi senetler, resmi bir makam veya memurun katılması ile ihdas edilmiş senetlerdir.³⁸⁶ Noter senetleri ve konsolosluk memurları tarafından düzenlenen veya onaylanan senetler resmi belgelerdir.³⁸⁷ Adi senetler ise resmi makam veya memurun katılımı olmaksızın hazırlanan senetlerdir.³⁸⁸ Resmi senetler, adi senetlere göre daha güçlü bir kesin delildir. İddiasını ispatlamak için resmi senede dayanan ayrıca senedin doğruluğunu ispatlamak durumunda değildir. Mahkeme huzurunda ikrar edilen veya inkâr edenin ürünü olduğu kabul edilen senetler, adi senetler mahkemede kesin delil olarak kabul edilirler³⁸⁹

HMK m.200/1'e göre iki bin beş yüz liranın üzerindeki hukuki işlemler senetle ispat edilmek zorundadır. 201. maddeye göre de miktar ve değerine bakılmaksızın senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı iler sürülen iddialar da senetle ispatlanmak zorundadır. 200. maddenin 2. fıkrasına göre, senetle ispatı gereken hususlarda karşı tarafın açık muvafakati ile tanık dinletilebilir. Böyle bir hükmün düzenlenmesi senetle ispat zorunluluğuna ilişkin hükümlerin kamu düzenine ilişkin olmamasından kaynaklanmaktadır.³⁹⁰ Senetle ispat zorunluluğuna tabi olan işlemler hukuki işlemlerdir, hukuki işlem sayılmayan unsurlar, takdiri delillerle de

³⁸⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 485; Kuru/Arslan/Yılmaz, 394.

³⁸⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 486; Üstündağ, 638.

³⁸⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 489.

³⁸⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 487-490.

³⁹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 496.

ispatlanabilir.³⁹¹ Örneğin, bir hizmet sözleşmesinde işçi, edimi olan işi gördüğünü her türlü delille ispat edebilirken, işveren ödeme yaptığını ancak senetle ispat edebilir.³⁹²

Senetle ispat kuralının bazı istisnaları vardır. Bunlar HMK m. 202. ve m. 203'te düzenlemiş olan delil başlangıcı ile maddi ve manevi imkânsızlık halleridir. Senetle ispatı gereken hukuki işlem hakkında delil başlangıcı bulunduğu haller ile maddi ve manevi olarak senete bağlanmasının mümkün olmadığı hukuki işlemler tanıkla ispatlanabilecektir.

Hizmet tespiti davası kural olarak her türlü delille ispatlanabilir. Ancak yazılı belgelerin bulunması durumunda bunların ispat gücü diğer ispat araçlarına göre daha fazladır. Sigortalı ile işverenin imzasını taşıyan ücret bordrosu gibi yazılı belgelerin bulunması durumunda bu belgeler kesin delil olarak kabul edilir. Buna karşılık sigortalının imzasını içermeyen bordro, bildirge, vizite kâğıdı gibi belgelere hizmet tespiti davasında yazılı delil olarak itibar edilemez.

İşe giriş bildirgesinde, ücret tediye bordrolarında, aylık prim ve hizmet belgelerinde sigortalının imzası bulunmasına rağmen sigortalı söz konusu belgeleri hata, hile veya korkutma sonucunda imzaladığını iddia ederse bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Bunun yanında sigortalı söz konusu belgelerdeki imzanın kendisine ait olmadığını da ileri sürebilir (HMK m. 208/1) Bu durumda mahkemece bilirkişi aracılığı ile imzanın sigortalıya ait olup olmadığı saptanmalıdır. Ancak resmi nitelikte bir belgedeki (örneğin, işe giriş bildirgesindeki) imzayı inkâr eden taraf, resmiyet kazandıran kişiyi de taraf göstererek ayrı bir dava açmak zorundadır.

³⁹¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 496; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 430 vd.

³⁹² **Y9HD**, 10.10.2005, E.2005/3314, K.2005/32806 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

Hizmet tespiti davasına bakan hâkim gerekirse imzayı inkâr eden tarafa dava açması için iki haftalık kesin süre verir (HMK m. 208/4). Resmi senetteki imza veya yazının inkâr edilmesi durumunda, bunun mahkeme kararı ile sabit olması halinde sahteliği iddia edilen senet herhangi bir işleme alınmayacaktır (HMK m.209/2).

2. Yemin

Yemin, taraflardan birinin, bir vakıanın doğru olup olmadığı konusunda namusu, şerefi ve kutsal saydığı bütün inanç ve değerleri üzerinde beyanda bulunmasıdır.³⁹³ Yeminin konusu, davanın çözümü bakımından önem taşıyan, çekişmeli olan ve kişinin kendisinden kaynaklanan vakılardır. Bir kimsenin bir hususu bilmesi onun kendisinden kaynaklanan vakıa sayılır (HMK m. 225).

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 226. maddesinde yemine konu olamayacak vakılara yer verilmiştir. Buna göre, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği vakılar, bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği hâller ve yemin edecek kimsenin namus ve onurunu etkileyecek veya onu ceza soruşturması ya da kovuşturması ile karşı karşıya bırakacak vakılar yemine konu olamayacak vakılardır.

Anayasal sosyal güvenlik hakkının sağlanmasına hizmet eden sigortalı hizmetlerin tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin olması ve bu davalarda re'sen araştırma ilkesinin uygulanması nedeniyle yemin deliline başvurulamaz.³⁹⁴ Yargıtayın görüşü de bu yöndedir. Yüksek Mahkeme bu konuya ilişkin bir kararında

³⁹³ **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 422; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 503; **Üstündağ**, 684; **Postacıoğlu**, 509.

³⁹⁴ **Kuru**, Usul, C. III, 2515.

şu ifadelerle yer vermiştir: “... *hizmet tesbiti davalarında işverenin kabulü hukuksal bir sonuç doğurmadığı gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 346. maddesi gereğince bu konuda yemin teklif ve icra olunamaz. Bu nedenle yeminin kesin delil olduğundan söz edilerek davanın reddi usul ve kanuna aykırıdır.*”³⁹⁵ Aynı yöndeki diğer bir kararında da Yüksek Mahkeme, “*Bunun dışında bu tür davalarda davanın doğrudan kamu düzenine ilişkin olması ve kişinin sosyal güvenliğini ilgilendirmesi bakımından yemin tek başına kanıt olarak kabul edilemez ve bu yöntem de başvurulamaz*” ifadelerine vermiştir.³⁹⁶

3. Kesin Hüküm

Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir (HMK m. 303/1).

Buna göre, davacı daha önce işveren aleyhine hizmet tespiti davası açmış ve bu dava karara bağlanarak kesinleşmiş ise davacının artık aynı işveren aleyhine ilk davada tespitini talep ettiği dönemlere ilişkin olarak dava açması mümkün değildir. Davacının böyle bir dava açması durumunda davası kesin hüküm nedeniyle

³⁹⁵ **Y10HD**, 04.05.1992, E. 1991/14840, K. 1992/5001 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

³⁹⁶ **Y21HD**, 04.03.2002, E. 2001/9748, K. 2002/1414 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

reddedilecektir.³⁹⁷ Belirtmek gerekir ki bir hüküm, davada veya karşılık davada ileri sürülen taleplerden, sadece hükme bağlanmış olanlar hakkında kesin hüküm teşkil eder (HMK m. 303/2).

İşverenin açtığı sigortalı çalıştırmadığının tespitine yönelik bir dava söz konusu olduğunda bu dava sigortalı yönünden kesin hüküm oluşturmayacaktır. İşveren böyle bir olumsuz tespit davası açmış ve dava kesinleşmiş olsa bile sigortalı işvereni dava ederek bildirilmeyen hizmetlerinin tespitini talep edebilir. Zira davaların tarafları farklıdır. Davacı sigortalının böyle bir dava açması durumunda işverenin kesin hüküm itirazı mahkemece dinlenmez.

Kesin hüküm, tarafların külli halefleri hakkında da geçerlidir (HMK m. 303/3). Sigortalı sağlığında işveren aleyhine açtığı hizmet tespiti davasını kaybetmiş ve karar kesinleşmiş ise, sigortalının ölümü halinde hak sahipleri tarafından hizmet tespiti davası açılması durumunda dava, kesin hüküm nedeniyle reddedilecektir.

Kesin hüküm olumsuz dava şartıdır (HMK m. 114/1, i). Davaya bakan mahkeme dava şartlarının bulunup bulunmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır ve taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler. Dava şartı noksanlığı mahkemece tespit edilirse davanın usulden reddine karar verilir (HMK m. 115/1-2).

B. Takdiri İspat Araçları

Takdiri deliller terimi, kesin deliller teriminin karşıtıdır.³⁹⁸ Kesin deliller hakimi bağlayıcı nitelikte iken, takdiri delilleri hakim serbestçe takdir eder.

³⁹⁷ **Kuru**, Usul, C. V, 4986 vd. ; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 582; **Postacıoğlu**, 537; **Üstündağ**, 696.

Dolayısıyla takdiri delillerin ispat gücü de kesin delillere oranla daha azdır. Takdiri deliler, kesin delille ispat zorunluluğuna istisna teşkil eden hallerde ve hukuki fiillerin ispatında önem kazanmaktadır.³⁹⁹

1. Tanık

a. Genel Olarak

Tanıklık, davanın tarafları dışındaki üçüncü kişilerin dava ile ilgili bir vakıa hakkında, dava dışında bizzat edinmiş oldukları bilgileri mahkemeye bildirmeleridir. Bu bakımdan tanıklık yapan kişiye tanık denir.⁴⁰⁰

Kural olarak herkes tanıklık yapabilir. Ancak davanın taraflarının kendi davalarında tanık olmaları mümkün değildir. Tüzel kişinin taraf olduğu davada tüzel kişinin organı tanık olarak dinlenemez. Taraf avukatları davada üçüncü kişi konumunda olduklarından tanık olarak dinlenebilirler.⁴⁰¹

Tanıklık etmek kural olarak zorunludur.⁴⁰² Ancak bazı kişisel nedenlerle (HMK m. 248), örneğin, sır nedeniyle (HMK m. 245/4; AK m. 36) menfaat ihlali tehlikesi nedeniyle (HMK m. 250) tanıklıktan çekinilebilir.⁴⁰³ Tanık yeminli veya yeminsiz olarak dinlenebilir. Yeminli dinlenilecek tanığa hâkim tarafından dinlenilmeden önce yemin ettirilir (HMK m. 258/1).

³⁹⁸ **Kuru**, Usul, C. III, 2565 vd.

³⁹⁹ **Kuru**, Usul, C. III, 2565.

⁴⁰⁰ **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 431; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 476.

⁴⁰¹ **Kuru**, Usul, C. III, 2568.

⁴⁰² **Üstündağ**, 733; **Postacıoğlu**, 518.

⁴⁰³ Tanıklıktan çekinme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 436.

Tanık delili, zayıf bir delil olarak değerlendirilir. Bu nedenle tanık deliline başvurulabilmesi için davanın tanık ile ispatının mümkün olması gerekir. Bir kişinin, bir vakıayı tamamen aklında tutması ve gerçeği olduğu gibi anlatması zordur. Bunun yanında manevi yönleri zayıf olan kişilerin gerçeğe aykırı beyanda bulunma olasılığı da düşünüldüğünde tanıklık yalnızca senede bağlanması mümkün olmayan hukuki işlemler ve hukuki fiiller için caizdir.⁴⁰⁴

Hizmet tespiti davasında davacı sigortalı olarak fiilen çalıştığını fakat işverence Kuruma bildirilmediğini iddia etmektedir. Çalışma olgusu maddi bir vakıa olduğuna göre tanık delili ile ispatlanması mümkündür. Ancak yazılı belgelerin varlığı durumunda tanık sözlerine itibar edilemez.⁴⁰⁵ Bunun dışında ücret miktarına yönelik olarak da tanık deliline başvurulması mümkündür. Ancak iddia edilen ücret miktarı HMK m. 200'deki parasal sınırı aşıyorsa yazılı delil ile ispatlanması gerekir. Bu konu yukarıda incelendiği için burada ayrıca üzerinde durulmayacaktır.

Davada tanıklar kural olarak taraflarca gösterilir (HMK m. 240). Ancak hizmet tespiti davasında hâkim re'sen araştırma ilkesi uyarınca tanık olarak dinlenecek kişileri belirleme imkânına sahiptir. Yargıtay bir kararında bu hususa şu ifadelerle yer vererek işaret etmiştir: *“(...) yazılı belge ibraz olunmayan çalışma süreleri yönünden ise, tarafların gösterdiği tanıklarla yetinilmeyerek dava konusu işyerindeki ücret bordroları ile Kuruma bildirilen dönem bordrolarında yer alan davacı ile birlikte çalışan bordro tanıklarının, bunlar bulunamadığı taktirde komşu*

⁴⁰⁴ **Kuru**, Usul, C. III, 2571.

⁴⁰⁵ **YHGK**, 25.06.2003, E. 2003/21-410, K. 2003/425, **Bilgili**, 375.

*işyeri sahip ve çalışanları celbedilerek açıklanan konularda tanık sıfatıyla dinlenmeli (...)*⁴⁰⁶

Tanık delili takdiri delillerdendir. Davaya bakan hâkim tanıkların ifadeleri ile bağlı değildir. Hâkim delilleri serbestçe değerlendirir (HMK m. 198). Tanığın doğru söylemediğini başka delil ve belirtilerle anlarsa tanık ifadelerinin aksi yönünde de karar verebilir.

b. Birlikte Çalışan Kişiler, Komşu İşyerleri Sahipleri ve Çalışanları

Yargıtay tarafından hizmet tespiti davasında dinlenecek olan tanıklara ilişkin bazı kurallar getirilmiştir. Yüksek Mahkeme, hizmet tespiti davasında ifadesine başvurulacak olan kişilerin işyerindeki ücret bordroları ile Kuruma bildirilen dönem bordrolarında yer alan davacı ile birlikte çalışan bordro tanıkları olması gerektiğini karara bağlamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında bu konuya ilişkin olarak şu ifadelere yer vermiştir: “...ifadeleri hükme esas alınan tanıklar davacıyla birlikte çalışan ve kayıtlara geçmiş kişiler olmadığı gibi, aynı çevrede benzer işi yapan başka işverenlerin çalıştırdığı ve bordrolara geçmiş kimseler de değildir. Bu bakımdan tanık sözleri çalışma olgusu yönünden somut olgulara dayanmamakta soyut düzeyde kalmaktadır. Yapılacak iş; davanın nitelikçe kamu düzenine ilişkin olduğu göz önünde tutularak davacı ile birlikte çalışan ve işverenin bordrolarında kayıtlı kişiler ve benzer işi yapan ve komşu işverenlerin kayıtlarına geçmiş kimselerin tesbit edilerek anılan kişilerin bilgilerine başvurulmak ve sonucuna göre karar

⁴⁰⁶ **Y10HD**, 20.01.2009, E. 2007/20407, K. 2009/300 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

vermekten ibarettir.”⁴⁰⁷ Belirtmek gerekir ki, bordro tanığı ifadesinden her halde ismi davacı ile aynı bordroda geçen kişinin anlaşılması gerekir. Bu ifadeden anlaşılması gereken şey davacı ile aynı işyerinde çalışan kişilerdir. Zira işyerinde işverence ücret bordrosu düzenlenmemiş ve Kuruma da işyerinde çalışan tüm sigortalılar için bordro verilmemiş olabilir. Bunun gibi işverenin bir işyerinde çalışan kişinin aynı işverene ait diğer bir işyerinin bordrosunda gösterildiği durumlara da rastlanmaktadır. Dolayısıyla yukarıda ifade ettiğimiz üzere bordro tanığı ifadesinden davacı ile aynı işyerinde çalışan kişiler anlaşılmalıdır. Davacı ile aynı işyerinde çalışan kişilerin bulunmaması durumunda komşu işyeri sahipleri veya komşu işyerlerinde çalışan kişilerin ifadesine başvurulması gerekir. Hâkim re’sen araştırma ilkesi gereğince, komşu işyerinde çalışan kişileri Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarından tespit eder ve tanık olarak dinlemek üzere duruşmaya çağırır.⁴⁰⁸

Yüksek Mahkeme bir kararında bu konuya ilişkin olarak “*Mahkemeye yapılacak iş; 1986 yılından bu yana tüm dönem bordroları, ücret bordroları getirtilerek çalışmanın başından bu yana çalışan bordro tanıklarının dinlenmesi ve davacının başka işyerlerindeki çalışmaları da dışlanmak suretiyle eksik bildirim olup olmadığının saptanarak sonuca göre karar vermekten ibarettir*” görüşlerine yer vermiştir.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ **YHGK**, 29.01.2003, E. 2003/21-1, K. 2003/34. *Aynı yönde: YHGK*, 25.06.2003, E. 2003/21-410, K. 2003/425, **Bilgili**, 367-375.

⁴⁰⁸ **YHGK**, 29.01.2003, E. 2003/21-1, K. 2003/34, **Bilgili**, 367.

⁴⁰⁹ **Y21HD**, 18.03.2003, E. 2003/1596, K. 2003/2266 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

Yüksek Mahkemenin komşu işyeri tanıklarının dinlenmesi gerektiğine ilişkin bir kararında ise, “...Yapılacak iş, ...imzalı olmayan bordrolardaki süreler yönünden de işverence Sosyal Sigortalar Kurumu'na verilen dört aylık sigorta primleri bordrolarında kayıtlı tanıklar saptanarak, bu tanıkların bilgilerine başvurmak, tespiti istenilen bazı sürelerle ilgili dönem bordroları yok ise, bu sürelerde davacının çalıştığını iddia ettiği işyerine komşu olan işyerlerini belediye, emniyet veya jandarma vasıtasıyla saptamak, saptanan bu işyerlerinin kayıtlarına geçmiş kişilerin, başka bir anlatımla, Bağ-Kur'da, Sosyal Sigortalar Kurumu'nda veya diğer sosyal güvenlik kuruluşlarında kayıtları olan komşu işyeri sahiplerinin veya çalışanlarının bilgilerine başvurmak ve tüm deliller toplandıktan sonra delilleri takdir edip, sonucuna göre karar vermekten ibarettir” ifadelerine yer verdiği görülmektedir.⁴¹⁰

Yargıtay başka bir kararında ise şu ifadelere yer vermiştir: “(...) mahkemece yapılacak iş, tanık sözleri de dikkate alındığında müteahhit olan işverenin birden fazla işyeri bulunduğu ve işverenin işçilerini muhtelif işyerlerinde dönüşümlü olarak çalıştırdığı anlaşıldığından işverenin diğer tescilli işyerlerini araştırmak ve bu işyerlerinin bordrolarında ismi bulunan tanıkların bilgilerine re'sen başvurmak ve diğer delillerle birlikte değerlendirerek hüküm kurmaktan ibarettir.”⁴¹¹

⁴¹⁰ **Y21HD**, 06.05.2004, E. 2004/1200, K. 2004/4583 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası); Aynı yönde: **Y10HD**, 17.03.2003, E. 2003/1307, K. 2003/2032, **Çolak/Öztürk**, 132-133.

⁴¹¹ **Y21HD**, 08.11.2004, E. 2004/6617, K. 2004/9386 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

c. Yakın Hısımlar Arasındaki Davalar

Uygulamada, yakın hısımların birbirine karşı açtıkları hizmet tespiti davalarına rastlanılmaktadır. Bu davalarda sigortalı tarafından, babasına, annesine, kardeşine yahut diğer bir yakın hısımlarına ait işyerinde çalıştığı, ancak bu çalışmalarının Kuruma bildirilmediği iddia edilmektedir.

Hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin olduğu göz önüne alınarak bu tarz davalarda gerçek ve fiili çalışma olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği hususu üzerinde titizlikle durulmalıdır. Nitekim Yargıtay da bu noktaya vurgu yaptığı bir kararında “... M.’nin kardeşi durumunda bulunan Ş.’nin, şayet bu çalışmalar gerçek ise, kardeşinin çok uzun yıllara varan bu çalışmalarının pek az bir kesiminin sigortalı olara Kuruma bildirip, diğerlerini bildirmemesinin ve onu böylece sosyal güvenlik hakkından yoksun bırakmasının hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine uygun düşüp düşmeyeceği üzerinde durulmamıştır” ifadelerine yer vererek yerel mahkeme kararını bozmuştur.⁴¹² Yüksek Mahkeme diğer bir kararında da, “... Davacı ile davalı işverenin aynı soyadını taşıdığı anlaşıldığından mahkemece akrabalık derecesi araştırılarak işverenin yakın akrabası olması halinde davacıyı sosyal güvenlik haklarından mahrum etmesinin hayatın olağan akışına ters düşeceğinin muhakkak olduğu hususu da değerlendirilmeli...” ifadelerine yer vermiştir.⁴¹³

Yargıtay’ın görüşü bu yönde olmakla birlikte yakın hısımlar arasında görülen davalara önyargı ile yaklaşmamak gerekir. Gerçek çalışmanın varlığı hiçbir kuşku ve

⁴¹² **Y10HD**, 23.02.1995, E. 1995/1955, K. 1995/1870. **Aslanköylü**, 1341.

⁴¹³ **Y10HD**, 27.02.2003, E. 2003/541, K. 2003/1284, **Bilgili**, 199; **Çolak/Öztürk**, 130.

duraksamaya yer vermeyecek ölçüde ispatlanmış ise, sigortalının yakın hısına ait işyerinde geçen çalışmalarının tespitine karar verilmesi gerekir.

2. Bilirkişi İncelemesi

Bir davada çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşüne başvurulana üçüncü kişiye bilirkişi denir.⁴¹⁴ Hâkimlik mesleğinin gerektirdiğı genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz (HMK m. 266). Kanunun bilirkişiye başvurulmasını zorunlu kıldığı haller dışında hâkim, vakıa ile ilgili özel ve teknik bilgisinin yeterli olup olmadığını, yani bilirkişiye başvurulmasının gerekli olup olmadığını, kendisi takdir eder.⁴¹⁵

Uygulamada çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren haller ibaresi çok geniş yorumlanmakta ve hemen her konuda bilirkişiye başvurulmaktadır. Bu durum hem yargılamanın uzamasına hem de gereksiz birçok harcama yapılmasına neden olmaktadır.

Hizmet tespiti davalarında uyuşmazlık konusu hukuki bir konudur. Hâkim, davacının çalışmasının gerçek ve fiili olup olmadığını, kesintisiz olup olmadığını, ücretini, tanık ifadelerinin doğruluğunu kendisi değerlendirir (HMK m. 198). Bunun karşılık, işe giriş bildirgesi, bordro gibi belgelerde bulunan sigortalı imzasının inkâr edilmesi veya söz konusu belgelerin sahte olduğunun iddia edilmesi durumunda bu iddianın değerlendirilmesi özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden bilirkişi incelemesini gerektirir.

⁴¹⁴ **Kuru**, Usul, C. III, 2622; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 440; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 520.

⁴¹⁵ **Kuru**, Usul, C. III, 2631; **Postacıoğlu**, 521 vd.; **Üstündağ**, 740 vd.

Hizmet tespiti davalarına ilişkin uygulamada taraflarca sunulan tüm belgeler ve hâkim tarafından dosyaya getirtilen evraklarla tekemmül eden dosya çoğu kez ‘*uyuşmazlık konusu hakkında rapor tanzim edilmesi*’ talebiyle bilirkişiye gönderilmektedir. Bu durumda bilirkişi davanın taraflarının tüm iddia ve savunmalarını değerlendirmekte ve adeta hâkim gibi hareket ederek delilleri tartışmakta ve kanaat bildirmektedir. Kanımızca hukuk sistemimize yerleşmiş olan bu uygulama Kanuna aykırıdır. Yapılması gereken, mahkemece dosyanın incelenmesi ve maddi vakıalarla hukuki sorunların kesin çizgilerle ayrılması, daha sonra gerekiyorsa hangi vakıa konusunda bilirkişi görüşüne başvurulacağı açıkça belirtilerek dosyanın bilirkişiye gönderilmesi uygun olur.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 273. maddesine göre, Yargıcın bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararında, inceleme konusunu bütün sınırlarıyla ve açıkça belirtmesi gerekir. Bunun yanında görevlendirme kararında bilirkişinin cevaplaması gereken sorulara ve raporun hangi sürede verilmesi gerektiğine de yer verilmelidir. HMK m. 273’ün emrediciliği karşısında artık mahkeme tarafından ‘*uyuşmazlık hakkında rapor tanzimi*’ gibi soyut görevlendirme kararları ile dosyanın bilirkişiye gönderilmesi isabetli değildir. Bu hususa anılan maddenin gerekçesinde şu ifadelerle yer verilerek vurgu yapılmıştır: “... *Bu çerçevede, mahkeme, tarafların da görüşünü almak suretiyle, inceleme konusunu, bilirkişinin cevaplandırması gereken soruları belirlemeli, bunlara görevlendirme yazısında açıkça işaret etmeli ve raporun verilme süresini de bu yazıda göstermelidir. Uygulamada, bu hususlara gereken özen gösterilmemekte; son derece genel, soyut ve hatta hukukî konularda da görevlendirmeyi kapsar bir biçimde “dosyanın bilirkişiye tevdiine”, “dosya ve eklerinin bilirkişiye havalesine”, “tarafların iddia ve savunması karşısında bilirkişi*

görüşünün alınmasına” gibi ifadelerle, bilirkişiye başvurulmaktadır. Bu şekilde yapılan bir görevlendirme sonucunda, bilirkişi, görevinin ne olduğunu tam olarak bilemediği veya kavrayamadığı için, hâkime, ya hiç yardımcı olamamakta ya da işlevinin sınırlarını aşıp hukukî değerlendirmelere girişerek, gerçekte hükmü veren konumuna geçmektedir. Bu durum ise hâkimin, bilirkişi karşısında bağımsızlığını koruyamamasına; hâkimin bilirkişinin oy ve görüşünü serbestçe takdir edeceği yönündeki düzenlemenin amacını ve işlevselliğini yitirmesine ve toplumda yargıya olan güvenin tümüyle sarsılıp, kararın fiilen bilirkişi tarafından verildiği yönündeki çarpık anlayışın yerleşmesine ve kökleşmesine neden olmaktadır. İşaret edilen sakınca nedeniyle, hâkim, dava dosyasına tümüyle egemen olduktan sonra, maddî sorunlarla hukukî sorunları kesin çizgileriyle birbirinden ayırmalı, hangi maddî vakia veya vakıaların özel ve teknik bilgilere dayalı olarak aydınlatılmasını ya da tespit edilmesini istiyorsa, somut sorular hâlinde bu konudaki iradesini herhangi bir tereddüde mahal bırakmayacak bir biçimde bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararda açıklamalıdır.”

Bilirkişi, tıpkı tanık gibi takdiri delillerdendir. Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir (HMK m. 282; m. 198). Ancak Yargıtay tarafından bu madde hükmü, hâkimin bilirkişi raporunu yeterli görmemesi durumunda yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği şeklinde anlaşılmaktadır.⁴¹⁶ Yargıtayın bu görüşüne katılmak olanaklı değildir. Hâkimin bilirkişinin vardığı sonucun yanlış olduğuna kanaat getirmesi durumunda bunun gerekçelerini de ortaya koyarak bilirkişi raporunun aksine hüküm verebilmelidir.

⁴¹⁶ **Y2HD**, 11.09.1975, E. 1975/6948, K. 1975/6497, **Kuru**, Usul, C. III, 2771.

Aksi düşünce, hâkimi, bilirkişi raporuyla hüküm arasında bir aracı haline getirecektir ve hâkimi mutlaka bilirkişi raporu doğrultusunda karar vermeye zorlayacaktır.⁴¹⁷

3. Uzman görüşü

Uzman görüşü, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiş değildir. Ancak uygulamada davanın taraflarınca uzmanlardan görüş alınmakta ve mahkemeye sunulmakta idi. Uzman görüşü, Hukuk Muhakemeleri Kanununda bir delil türü olarak düzenlenmiş ve pozitif dayanağına kavuşmuştur.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 293. maddesine göre, taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Uzman görüşü, 293. maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, Anglo–Sakson hukukundaki “taraf bilirkişisi” veya “uzman tanık” kurumuna paraleldir.⁴¹⁸

Uzman görüşü alınacağı gerekçesiyle mahkemeden ayrıca süre istenmesi mümkün değildir (HMK m. 293/1). Uzman görüşü alınmasına ilişkin giderler yargılama giderlerinden sayılmadığından, uzman görüşü giderleri bu delile başvuran tarafça karşılanır.

Hizmet tespiti davasında da taraflarca uzman görüşüne başvurulması mümkündür. Uzman görüşü ile taraflar, iddia ve savunmalarını güçlendirirler. Mahkeme uzman görüşü ile bağlı olmayıp bunu serbestçe takdir eder. Ayrıca hâkim, talep üzerine veya re’sen, kendisinden rapor alınan kişiyi mahkemeye davet edip dinleyebilir ve taraflarca da uzman kişiye soru sorulabilir (HMK m. 293/2, 3).

⁴¹⁷ **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 450; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 530.

⁴¹⁸ **Kuru**, Usul, C. III, 2781; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 456; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 533.

4. Keşif

Hâkimin dava konusu şeyi inceleyerek onun hakkında bütün duygularıyla bilgi edinmesine keşif denir.⁴¹⁹ Hâkim, uyuşmazlık konusu hakkında duyu organları yardımıyla inceleme yapılarak bilgi sahibi olmak amacıyla keşif yapılmasına karar verilebilir (HMK m. 288/1).

Hizmet tespiti davalarında keşif deliline başvurulması mümkündür. Keşif kararı, mahkemece, sözlü yargılamaya kadar taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen alınır (HMK m. 288/2). Hizmet tespiti davasına bakan hâkim, davacının çalıştığı işyerini inceleyebilir, komşu işyeri sahiplerini ve çalışanlarını tanık olarak mahallinde dinleyebilir. Yüksek Mahkeme bir kararında, “...2926 Sayılı Kanun kapsamında sigortalı sayılabilmek için tarımsal faaliyetin varlığı ve kesintisiz sürdürülmesi koşuldur. Anılan faaliyet yönünden ise, yapılan inceleme ve araştırma ile toplanan kanıtların hüküm vermeye elverişli olmadığı belirgindir. Bu bakımdan ... davacının sahibi olduğu taşınmazlar hakkındaki tüm bilgi ve belgeler ilgili kurum ve kuruluşlardan getirtilmeli, taşınmazları edinme tarihleri ve tarımsal faaliyetin sürdürülebilmesi için yeterli miktarda olup olmadıkları, davacının nerede oturduğu, tarımsal faaliyetini kendi mülkünde mi, miras yolu ile elde ettiği mülkte mi, ortaklık veya kiralamak suretiyle başkalarının mülkünde mi sürdürdüğü, faaliyetine ara verip vermediği, kuraklık ve doğal afet gibi olaylara maruz kalıp kalmadığı, traktörü ve hayvanı olup olmadığı, hangi tür ürünler ektiği, yılda ne kadar ürün elde ederek bunu nasıl değerlendirdiği, ortalama yıllık gelir tutarı ve bunun geçimini sağlamaya yetip yetmediği, kooperatif veya bankalardan tarımsal amaçlı kredi kullanıp kullanmadığı yöntemince belirlenmeli, bu konularda Cumhuriyet Başsavcılığı

⁴¹⁹ **Kuru**, Usul, C. III, 2827; **Postacıoğlu**, 521; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 453.

aracılığı ile kapsamlı araştırma ve gerekirse mahkemece keşif yapılarak köy muhtarı ile azaların bilgi ve görgüsüne başvurulmalı, tarımsal faaliyetin kesintisiz sürdürülüp sürdürülmediği olgusu kuşkuya yer bırakmayacak şekilde saptanmalı...” ifadelerine yer vererek hizmet tespiti davalarında keşif deliline başvurulabileceğini hükme bağlamıştır.⁴²⁰

5. İşçilik Haklarına İlişkin Davada Verilen Hüküm

Sigortalı, hizmet tespiti davasından önce işveren aleyhine işçilik alacaklarının tahsili amacıyla dava açmış ve kazanmış ise, işçilik alacaklarına ilişkin hükmün hizmet tespiti davasındaki ispat değerine değinmek gerekir.

Sigortalı, işçilik alacaklarına ilişkin davada yalnızca işveren veya işverenleri hasım göstermektedir. İşçilik alacaklarına ilişkin davada Sosyal Güvenlik Kurumuna husumet yöneltilmesi mümkün değildir. Bu nedenle işçilik alacaklarına ilişkin davada verilen hüküm hizmet tespiti davasında Sosyal Güvenlik Kurumu yönünden kesin hüküm teşkil etmez. Zira kesin hükümden söz edilebilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.

İşçilik alacaklarına ilişkin davada verilen hüküm hizmet tespiti davasında güçlü delil niteliğinde olduğunun ve davanın tarafı olmayan Sosyal Güvenlik

⁴²⁰ **Y10HD**, 10.05.2007, E. 2006/17212, K. 2007/7233. Aynı yönde: **Y10HD**, 10.02.2005, E. 2004/11088, K. 2005/1006, **Y10HD**, 14.12.2004, E. 2004/8536, K. 2004/11857 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası); Aynı yönde: **Y10HD**, 23.02.1999, E. 1999/1270, K. 1999/1293, **Güzel**, 1999 Kararları, 305.

Kurumunu bağlamayacağını kabulü gerekir.⁴²¹ Nitekim Yargıtay’ın da görüşü bu yöndedir. Yüksek Mahkeme bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “*Diğer taraftan, davacı tarafından davalı işveren aleyhine sözü edilen şirketlerde çalıştığı iddia edilerek işçilik haklarının tahsiline ilişkin olarak açılan davada verilen hüküm kesinleşmiş ise de, bu karar davacı lehine güçlü delil niteliği taşımakta olup o davada davalı Sosyal Sigortalar Kurumu taraf olmadığından kendisi yönünden bağlayıcı nitelikte olamaz.*”⁴²²

Kural olarak, salt işçilik alacaklarına ilişkin davada verilen ve güçlü delili niteliği taşıyan hüküm esas alınarak hizmet tespiti davasının kabulüne karar verilemez. Uygulamada daha sonra sigortalının açacağı hizmet tespiti davasında güçlü delil niteliğini taşıması amacıyla işçi ile işveren aralarında anlaşarak işçilik alacaklarına ilişkin göstermelik davalar açılmakta ve işverence de dava ilk oturumda kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarda hizmet tespiti davasına bakan hâkimin re’sen araştırma ilkesi gereğince kesinleşen işçilik alacaklarına ilişkin davaya ait dosya ve eklerini mahkemesinden talep ederek incelemesi uygun olur.

Bilindiği üzere hizmet tespiti davası işverene ve Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı açılır. Sigortalı hizmet tespiti davasını yalnızca işverene karşı açmış, Kurum davaya dâhil edilmemiş ve her nasılsa mahkemece karar verilmiş ise, verilen bu hükmün niteliğine de değinmek gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, yalnızca işverene karşı açılan davada verilen hükmün Kurumu bağlaması düşünülemez. Böyle bir hükmü alan davacı sigortalının Kuruma başvurarak işlem tesis edilmesini

⁴²¹ **Y10HD**, 17.09.2009, E. 2008/8472, K. 2009/14582 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

⁴²² **Y10HD**, 30.01.1996, E. 1996/512, K. 1996/502, **Duman**, 102.

istemesi durumunda söz konusu talep Kurum tarafından reddedilir. Bu durumda davacının Kurumu hasım göstererek yeni bir dava açması gerekir. Ancak sigortalının yalnızca işverene karşı açtığı dava sonucunda elde ettiği hüküm, Kurum aleyhine açtığı ikinci davada güçlü delil niteliği taşır.

§ 13. — DAVANIN SONA ERMESİ

I. Genel olarak

Hizmet tespiti davasında yapılan yargılama neticesinde mahkemece davanın kabulüne, kısmen kabulüne veya reddine karar verilir. Bunun yanında bazı durumlarda mahkemece herhangi bir hüküm verilmeksizin davanın sona erdirilmesi de mümkündür. Bu başlık altında taleple bağıllık ilkesi, davanın sona ermesi halleri ve kanun yolları inceleme konusu yapılacaktır.

II. Taleple Bağıllık İlkesi

Medeni Usul Hukukuna hâkim ilkeler arasında olan taleple bağıllık ilkesi Hukuk Muhakemeleri Kanununun 26. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olup, ondan daha fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Davanın gidişatı doğrultusunda, talep sonucundan azına hükmedebilecektir. HMK'nin 119. maddesi uyarınca, davacının mahkemeden sadece hukuki koruma istemesi yetmeyecek, kendisi lehine nasıl bir hüküm verilmesi gerektiğini talep sonucunda açıkça belirtecektir.

Her ne kadar hizmet tespiti davalarında re'sen araştırma ilkesi uygulanıyor olsa da hâkim, HMK m. 26 gereğince davacının tespitini talep ettiği dönemden daha fazlasına hükmedemez. Nitekim Yargıtay da bir kararında, dava dilekçesinde

belirtilmemiş bulunan sigortasız hizmet sürelerinin de tespitine karar verilmiş olmasının usul ve yasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁴²³ Yüksek Mahkeme aynı yöndeki bir başka kararında, “... davacı askerlik süresi dışlanmak suretiyle davalılara ait fırın işyerinde 01.08.1997-01.02.1999 tarihleri arasında hizmet akdi ile kesintisiz çalıştığının tespitini talep etmiş olup, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. ... mahkemece tespitine karar verilen süreler yönünden davacının askerlik öncesi 01.08.1987 tarihine kadar tespit talebinde bulunulduğu hususunun göz ardı edilerek talebi aşar şekilde 28.08.1997 tarihine kadar tespiti karar verilmesi ... isabetsizdir”⁴²⁴ ifadelerine yer vererek hizmet tespiti davasında talepten fazlasına hükmedilemeyeceğine işaret etmiştir.

III. Davanın Kabulü, Reddi ve Kısmen Kabulü

Davaya bakan hâkim, toplanan tüm delilleri bir bütün olarak incelediğinde, davacının iddia ettiği çalışmalarının hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek ölçüde ispat edildiği kanaatine varır ve bu çalışmaların Kuruma bildirilmediğini tespit ederse davanın kabulüne karar verir. Buna karşılık yapılan yargılama sonucunda davaya bakan hâkim, davacının iddia ettiği çalışmalarında bir kısmını ispat edemediği yahut tespitini talep ettiği çalışmalardan bir kısmının Kuruma bildirildiğini tespit ederse, davanın kısmen kabulüne karar verir. Son olarak davaya bakan hâkim davacının dava konusu yaptığı çalışmalarını varlığını ispat edememiş

⁴²³ **Y10HD**, 25.12.1984, E. 1984/6557, K. 1984/6577, **Centel**, 1984 Kararları, 246.

⁴²⁴ **Y10HD**, 25.01.2005, E. 2004/9739, K. 2005/16, **Bilgili**, 195; Aynı yönde: **Y10HD**, 10.03.2003, E. 2003/1320, K. 2003/1691, **Aslanköylü**, 1349.

olduğunu veya dava konusu yaptığı çalışmalarının Kuruma bildirildiğini tespit etmesi durumunda ise davanın reddine karar verir.

IV. Hüküm Verilmeksizin Davanın Sona Ermesi⁴²⁵

A. Hüküm Yerine Geçen Taraf İşlemleri

1. Davadan Feragat

Feragat, davacının talep sonucundan vazgeçmesidir (HMK m. 307). Hiç kimse kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamayacağı gibi açmış olduğu davayı takip etmeye de zorlanamaz (HMK m.24/2). Bunun sonucu olarak tasarruf ilkesinin geçerli olduğu davalarda, davacının talep sonucunun tamamından ya da bir bölümünden vazgeçmesi mümkündür.⁴²⁶

Davadan feragat edebilecek olan taraf, davacı taraftır. Ancak davalı taraf bir karşılık dava açmış ise karşılık davanın davacısı olarak davasından feragat etmesi mümkündür.⁴²⁷ Davacı, davasından şarta bağlı olarak feragat edemez.⁴²⁸ Davacının şarta bağlı feragat ettiğini bildirmesi bir sulh teklifidir.⁴²⁹

Feragat, tek taraflı bir irade beyanıdır. Diğer bir ifadeyle feragat, davalının yahut mahkemenin kabulüne bağlı değildir. Feragat, dilekçe ile yahut yargılama esnasında sözlü olarak yapılabilir.⁴³⁰ Ayrıca keşif esnasında yapılan feragat beyanı da

⁴²⁵ Bu konuda bkz. **Arap**, 2485.

⁴²⁶ **Kuru**, Usul, C. IV, 3544; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 526.

⁴²⁷ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 527.

⁴²⁸ **Kuru**, Usul, C. IV, 3583; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, 553.

⁴²⁹ **Kuru**, Usul, C. IV, 3584.

⁴³⁰ **Kuru**, Usul, C. IV, 3606.

geçerlidir. Bu durumda davacının beyanı keşif tutanağına yazılarak imza ettirilir (m.309/2).

Feragat ile dava sona erer. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında⁴³¹ *“Davadan feragat edildiği ve bu beyan karşı tarafa usulü dairesinde ulaştırıldığı gün artık ortada dava kalmamıştır. O tarihten sonra derdestlik söz konusu edilemez”* ifadelerine yer vererek feragatla davanın sona erdiğini hükme bağlamıştır. Mahkeme, davacının feragat beyanı üzerine davanın reddine karar verir.⁴³² Hukuk Genel Kurulu da feragat halinde davanın yürütülmesinin caiz olmadığını, feragat sebebiyle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.⁴³³

Davadan feragat maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder.⁴³⁴ Kesin hüküm ise kamu düzenine ilişkin, istek olmasa bile yargılamanın her aşamasında mahkemece re’sen gözetilmesi gereken olumsuz dava şartıdır.⁴³⁵

Davanın tarafları arasında çekişme devam ettiği sürece davadan feragat mümkündür. Çekişmenin son bulması, hükmün kesinleşmesi ile sağlanacağından hükmün kesinleşeceği tarihe kadar davadan feragat edilebilir⁴³⁶ (HMK m. 310).

⁴³¹ **YHGK.**, 09.11.1968, 6/56739; **Yavuz**, 1025.

⁴³² **Kuru**, Usul, C. IV, 3618; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 528; **YHGK.**, 09.11.1968, E. 1968/6-56 K. 1968/739; **Önen**, Kesin Hüküm, 30, dn.14; Feragat ve kabulden sonra mahkemenin bir hüküm veya karar vermesine gerek bulunmadığı, davanın bizzat feragat ve kabul işlemleriyle sona erdiği görüşü için bkz: **Postacıoğlu**, 481, **Önen**, Kesin Hüküm, 30.

⁴³³ **YHGK.**, 16.05.1956, 47/45; **Yavuz**, 1025.

⁴³⁴ **Kuru**, Usul, C. IV, 3632; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 528.

⁴³⁵ **Y7HD**, 18.03.2005, E.2005/840, K.2005/758; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 493.

Anayasanın 60. maddesinde “*Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet bu güvenliğı sağlayacak tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.*” hükmüne yer verilerek sosyal güvenliğı sağlama ödevi devlete yükletilmiştir. Sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağı bir hak olduğı ve Anayasal düzeyde koruma altına alındığı göz önünde tutulduğunda bu hakka ilişkin düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olduğı sonucuna varılmaktadır. Kamu düzeni, kişisel ve özel çıkarlara dayalı bir düzen olmayıp toplumsal ve genel çıkarlara ilişkin bir düzendir.⁴³⁷ Kanun ile kurulmuş sosyal güvenlik kurumlarından birisinin sigortalısı olmak, kamu düzenine ilişkin, kişiye bağı, vazgeçilmez ve kaçınılmaz hak ve yükümlölük doğuran bir hukuksal statü yaratır. Kişi ve sosyal güvenlik kuruluşlarının bu statünün oluşumundaki rolü, yenilik doğurucu ve iradi bir durum değı, yasa gereğı kendiliğinden meydana gelen statüyü belirlemekten ibarettir.⁴³⁸

Sosyal güvenliğın sağlanmasına hizmet eden araçlardan birisi de hizmet tespiti davasıdır. Bu yönüyle hizmet tespiti davaları kamu düzenine ilişkindir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında⁴³⁹,”... *Geniş bir bakış açısıyla bakıldığında, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin hükümler kural olarak, Anayasamızda öngörölün kamusal yönü gereğı kamu düzenini ilgilendirmektedir. Gerek Sosyal Sigortalar Kurumunun işlevi gerekse sigortalının gerçek durumunun tespitine*

⁴³⁶ **YHGK**, 16.11.1966, E.1966/2-1438, K.1966/290; **Kuru**, El Kitabı, 597; **Kuru**, Usul, C. IV, 3562; **Soner**, 442.

⁴³⁷ **Yılmaz**, Kamu Düzeni, 4.

⁴³⁸ **Y10HD**, 13.12.2005, E. 2005/9684, K. 2005/13276 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

⁴³⁹ **YHGK**, 25.6.2003, E. 2003/10-428, K.2003/426 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

yönelik birçok hüküm kamu düzenine ilişkindir. Bunun en tipik örneği hizmet tespiti davalarıdır.” ifadelerine yer vererek hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin olduğuna işaret etmiştir. Yargıtayın diğer bir kararında da şu görüşlere yer verdiği görülmektedir: “... Gerçekten bu tür hizmet tespitine yönelik davaların kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlık ve özenle yürütülmesi gerektiği Yargıtay’ın ve giderek Dairemizin yerleşmiş içtihadı gereğidir.”⁴⁴⁰

Feragat yalnızca davadan değil aynı zamanda haktan da vazgeçmek anlamına gelir.⁴⁴¹ Davadan feragat sonucunda feragate konu teşkil eden hak tamamen düşer ve artık dava konusu yapılamaz. Hizmet tespiti davasından feragatin mümkün olduğunu kabul etmek, kişinin sosyal güvenlik hakkından vazgeçebileceğini kabul etmek anlamını taşır. Ortaya çıkacak böyle bir sonucun Anayasanın herkese sağlamaya çalıştığı sosyal koruma düşüncesine aykırı olacağı açıktır. Bu nedenle kamu düzenine ilişkin bu davadan feragat mümkün değildir.⁴⁴² Yüksek mahkeme eski tarihli bir

⁴⁴⁰ **Y21HD**, 07.04.2005, E. 2005/1941, K. 2005/3536; *Aynı yönde: Y21HD*, 25.12.2003, E. 2003/9585, K. 2003/10903; **Y10HD**, 08.02.2005, E. 2004/19970, K. 2005/883; **Y10HD**, 22.11.2005, E.2005/8403, K.2005/12036; (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası). **Y10HD**, 26.01.2005, E.2004/9748, K.2005/116, **Y10HD**, 23.12.2003, E. 2003/8121, K.2003/9726, **Bilgili**, 212.

⁴⁴¹ **Y21HD**, 08.02.2005, E.2005/12344, K.2005/816; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 554; **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 336; **Karagözoğlu**, 18; **Bilge/Önen**, 350; **Postacıoğlu**, 479.

⁴⁴² **YHGK**, 21.12.2005, E. 2005/10-694, K.2005/1761; **YHGK**, 11.02.2004, E.2004/21-54, K.2004/54, **Bilgili**, 74; **Y10HD**, 17.12.2009, E.2008/15175, K.2009/18703 (Yayımlanmamıştır); **Y10HD**, 12.11.1990, E.1990/8479,

kararında⁴⁴³ hizmet tespiti davalarında feragatin mümkün olduğuna hükmetmiş ise de daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve istikrarlı bir biçimde hizmet tespiti

K.1990/9343, **Kuru**, El Kitabı, 604, dn.29; **Güzel/Okur/Canikliöğlu**, 336; **Tuncay/Ekmekçi**, 219; **Uşan**, 163; **Saraç**, 473-474; **Duran**, 182; **Duman**, 105-108; **Bilgili**, 23; Aksi görüş için bkz. **Aslanköylü**, 1345; **Yavuz**, 1019; **Okur**, 2001 Kararları, 223-224.

⁴⁴³ “Davacı Ahmet’e ait 1159.21 sicil nolu S... L... İnşaatı işyerinde 1967 yılı Temmuz ve Ağustos aylarına ait sigorta sicil numarasız davalı Kurama verilen bordrolarda belirtilen sürelerin kendisine ait olduğunun tesbitine karar verilmesini istemiştir. ...Dosya içerisinde, davacı tarafından verilmiş 17.4.1981 tarihli bir feragat dilekçesi vardır. Bu dilekçede, Hakimin havalesi ve imzası mevcut olduğu gibi, davacı Hamza kelimeleri üstündeki imzanın davacıya ait bulunduğu, davacı tarafından verilmiş öteki dilekçelerdeki imzaların karşılaştırılmasından anlaşılmaktadır. Davacı, söz konusu dilekçesinde "1980/587 numaralı 28.11.1980 tarihinde Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Müdürlüğü aleyhine açmış olduğum davadan vazgeçiyorum" demiştir. Bu beyan, HUMK.nun 91 ve 93.maddelerine uygun olarak yapılmış bir feragattir.HUMK.nun 95. maddesi uyarınca, feragat, karşı tarafın kabulüne gerek olmaksızın kesin hüküm hukuksal sonuçlarını doğurur. İş bu maddi ve hukuki gerçek göz önünde tutulmadan, feragatla gelmediğinden bahisle, HUMK.nun 409. maddesi gereğince müracaata bırakılması ve davacının 15.3.1982 tarihli dilekçesi uyarınca da, yenilenerek duruşmaya devam edilip, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi isabetsizdir. O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.” **Y10HD**, 05.01.1983, E.1982/3424,

davalarında feragatin mümkün olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkemeye göre, “...sigortalılık hakkından feragat edilemez, kamu düzeninin ilgilendiren bu tür tespit davalarında hakim in feragat nedeniyle davayı reddetmiş, özel bir duyarlılık göstererek 506 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca davadan feragatin mümkün olmayacağını davacıya hatırlatarak bunun davayı geri alma şeklinde anlaşılıp anlaşılamayacağı sorulmak ve HUMK. nun 185. ve 409. maddesindeki prosedür gerekirse işletilmek üzere sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”⁴⁴⁴

Davacının, hizmet tespiti davasında feragat beyanında bulunması durumunda, mahkemenin davadan feragat edilemeyeceğini davacıya bildirmesi gerekir. Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında,⁴⁴⁵ “... mahkemece, davadan vazgeçilemeyeceği

K.1983/4 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası); Aynı yönde: **Y10HD**, 17.03.1988, E. 1988/551, K. 1988/1656, **Çakmak**, 108.

⁴⁴⁴ **YHGK**, 21.12.2005, E. 2005/10-694, K.2005/1761; Aynı yönde: **Y10HD**, 01.02.1985, E. 1985/223, K. 1985/418, **Kuru**, Usul, C. IV, 3654-3655; **YHGK**, 11.02.2004, E.2004/21-54, K.2004/54; **Y10HD**, 21.01.2010, E. 2009/18137, K.2010/565; **Y10HD**, 08.03.2010, E.2008/19050, K.2010/3038; **Y10HD**, 19.12.2005, E. 2005/9989, K.2005/13404; **Y10HD**, 29.12.2009, E.2009/10420, K.2009/19861. (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁴⁵ **Y10HD**, 18.09.2008, E.2007/11893, K.2008/11036; Aynı yönde: **Y10HD**, 09.10.2008, E.2008/13679, K.2008/12247; **Y10HD**, 21.01.2010, E. 2009/18137, K. 2010/565 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası); **Y10HD**, 14.02.2005, E.

davacıya bildirilmeli, feragat beyanının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 185 veya 409. maddesinde düzenlenen haklardan birinin kullanımı niteliğinde olup olmadığı kendisine sorulmak suretiyle belirlenmeli, beyanın anılan anlamlarda kullanıldığı saptandığı takdirde duruma göre 185 veya 409. maddesinde öngörülen prosedür işletilmeli, aksi durumda ise elde edilecek sonuca göre dava konusu istem hakkında karar verilmelidir.” ifadelerine yer vererek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Hizmet tespiti davalarında feragat mümkün olmamakla birlikte davacının, davasını geri almasına herhangi bir engel yoktur (HMK m.123). Bu nedenle davacı, davasını karşı tarafın açık rızasını almak koşuluyla geri alabilir. Davasını geri alan davacı, bu hakkından feragat etmiş olmamaktadır; aksine ileride dava açma hakkını saklı tutarak şimdilik açılan davayı geri almaktadır.⁴⁴⁶

2. Davayı Kabul

Davayı kabul, davacının talep sonucuna davalının kısmen veya tamamen muvafakat etmesidir.⁴⁴⁷ Kabul, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda hüküm doğurur (HMK m. 308).

2004/9768, K. 2005/1148, **Y10HD**, 21.02.2005, E. 2004/11796, K. 2005/1483, **Çakmak**, 113-114.

⁴⁴⁶ **Y10HD**, 13.12.2005, E.2005/9684, K.2005/13276 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası); **Kuru**, Usul, C. IV, 3547; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 494; **Bilge/Önen**, 350; **Postacıoğlu**, 479; **Bilgili**, 84.

⁴⁴⁷ **Kuru**, Usul, C. IV, 3674; **Y14HD**, 11.11.1974, E.1974/3134, K.1974/3082, **Soner**, 448; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 555.

Kabul, tek taraflı bir irade beyanıdır. Davacının rızasına veya mahkemenin kabulüne bağlı değildir. Kabul beyanı dilekçe ile yahut yargılama esnasında sözlü olarak yapılabilir. Bunun yanında keşif esnasında yapılan kabul beyanı da geçerlidir. Bu takdirde davalının davayı kabul beyanı keşif tutanağına yazılır ve imza ettirilir.⁴⁴⁸

Davayı kabul, hüküm kesinleşinceye kadar olanaklıdır (HMK m. 310). Davalı, talep sonucunun tamamını kabul edebileceği gibi bir kısmını da kabul edebilir. Kısmi kabul halinde, kabul edilmeyen kısım bakımından dava son bulmaz ve yargılamaya devam olunur. Feragatte olduğu gibi şarta bağlı kabul mümkün değildir.

Davayı kabul, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder.⁴⁴⁹ Davayı kabul ile birlikte dava sona erer. Ancak davanın sona erme anı konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Baskın görüşe göre, dava mahkeme kararına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya, kabul beyanı ile sona erer.⁴⁵⁰ Diğer görüşe göre ise dava kabulden sonra kabul esas alınarak mahkemece verilen karar ile sona erer.⁴⁵¹ Kanımızca dava kabul beyanı ile birlikte sona erer. Mahkemenin kabul beyanı üzerine yapacağı iş, davanın kabul nedeniyle sona erdiğini tespit ve tevsik etmekten ibarettir.⁴⁵²

Davayı kabul ile ikrar farklı müesseselerdir. İkrar vakıalara ilişkin iken davayı kabul talep sonucuna ilişkindir. Bu bakımdan ikrara konu olan vakıanın

⁴⁴⁸ **Kuru**, Usul, C. IV, 3697 vd.

⁴⁴⁹ **Kuru**, Usul, C. IV, 3727; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 532-533.

⁴⁵⁰ **Postacıoğlu**, 481; **Tanrıver**, 230; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 556

⁴⁵¹ **Kuru**, Usul, C. IV, 3704; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 533.

⁴⁵² **Tanrıver**, 230.

doğruluğunun karşı tarafça beyan edilmesi ile ikrara konu vakıa çekişmeli olmaktan çıkar. Davayı kabulde ise kabul ölçüsünde dava kısmen ya da tamamen sona erer. Yine davayı kabul yalnızca davalı tarafından yapılabilirken, ikrar hem davalı hem de davacı tarafından yapılabilir. Davanın konusu tek bir vakıa ise ya da davalı, davacının ileri sürdüğü bütün vakıaların doğruluğunu beyan etmiş ise davalının bu beyanı davanın kabulünün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.⁴⁵³

Hizmet tespiti davası kamu düzenine ilişkin olduğundan davayı kabul müessesesinin bu davalarda uygulanması mümkün değildir⁴⁵⁴ (HMK m. 308/2). Nitekim Yargıtay da bir kararında, “*Sosyal Sigortalar haklarının tespiti istemleri kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle işverenin davayı kabulü davacının isteğinin sübut bulduğu sonucunu doğurmaz. Giderek HUMK.nun 95. maddesi gereğince kabul, kesin bir hükmün hukuksal sonuçlarını hasıl etmez.*”⁴⁵⁵ ifadelerine yer vererek kamu düzenini ilgilendiren hizmet tespiti davalarında işverenin kabulünün davayı sona erdiren bir taraf işlemi olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında “*Bu davalarda işverenin kabulünün tek başına hukuki bir sonuç doğurmayacağı göz önünde tutulmalıdır.*”⁴⁵⁶ ifadelerine yer vererek işverenin kabul beyanının davayı sona erdirmeyeceğini karara

⁴⁵³ **Ermenek**, 30; **Karagözoğlu**, 53; **Berki**, 55; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 554

⁴⁵⁴ **Duran**, 183; **Saraç**, 473-474; **Tuncay/Ekmekçi**, 223; **Uşan**, 163; **Tuncay**, 1992 Kararları, 149.

⁴⁵⁵ **Y10HD**, 12.11.1990, E.1990/8577, K.1990/9362 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası); **Kuru**, El Kitabı, 613, dn.20.

⁴⁵⁶ **YHGK**, 28.04.1993, E.1993/10-100, K.1993/188 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); **Kuru**, El Kitabı, 613, dn.20.

bağlamıştır. Ancak doktrinde bu görüşün aksi savunulmakta ve davayı kabul kurumunun hizmet tespiti davalarında da uygulanabileceği ileri sürülmektedir.⁴⁵⁷

Kuşkusuz davalı işveren ya da işverenler ile Sosyal Güvenlik Kurumunun davayı kabul etmesi halinde, mahkemece kabul beyanı davayı sona erdiren bir taraf işlemi olarak dikkate alınmamalıdır. Ancak kabul gerekçeleri dikkatlice ve özenle incelenmelidir. Bu kapsamda hâkim re'sen araştırma ilkesi gereğince varsa davalı Kurumun kabul beyanını dayandırdığı bilgi ve belgeleri araştırmalıdır.

3. Sulh

Sulh, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ayrı bir müessese olarak düzenlenmemesine rağmen davada sulh, hukukumuzda olanaklı görülmüştür. HMK'nin 313 ilâ 315. maddeleri arasında sulh müessesesi düzenlenmiş ve bir bakıma yerleşmiş olan uygulama yasal dayanağa kavuşturulmuştur.

Sulh, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı anlaşılarak sonuçlandırmalarıdır.⁴⁵⁸ Bu bakımdan sulh, kısmi feragat ve kısmi kabul içerir.⁴⁵⁹ Sulh, hukuki niteliği itibariyle bir sözleşmedir.⁴⁶⁰ Bundan mütevellit ancak davacı ile davalı arasında

⁴⁵⁷ **Güzel**, 1987 yılı kararları, 261; **Çenberci**, 512.

⁴⁵⁸ **Kuru**, Usul, C. IV, 3742; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 535; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 557

⁴⁵⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 557; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 534-535; **Konuralp**, 124.

⁴⁶⁰ **Kuru**, Usul, C. IV, 3745; **Konuralp**, 124; **YHGK**, 13.02.1973, E.1973/537, K.1973/1201; **Bilge/Önen**, 356; Sulhun hukuki niteliği konusunda ayrıntılı bilgi ve karşılaştırmalı hukuk örnekleri için bkz. **Ulusan**, 154-159; **Önen**, Sulh, 34-40.

yapılabilir. Vekil marifetiyle yapılabilmesi için vekilin vekâletnamesinde sulha ilişkin açık bir yetkinin bulunması gerekir.⁴⁶¹

Sulh, mahkeme içi sulh ve mahkeme dışı sulh olmak üzere iki biçimde yapılabilir. Sulh, henüz bir davada söz konusu olmadan, tarafların uyuşmazlığı anlaşarak ortadan kaldırmaları biçiminde ise mahkeme dışı sulh söz konusu olur ve bu husus Borçlar Hukukunun konusuna girer. Bir davanın devamı sırasında, dava konusu yapılan uyuşmazlık hakkında sulh yoluna gidilirse bu sulh, usul hukukunun konusuna girer; çünkü dava konusu hakkında yapılan sulh, davayı sona erdiren bir taraf işlemidir.⁴⁶²

Tarafların duruşma sırasında ya da keşifte sulh olmak istemeleri durumu olan mahkeme içi sulh, tutanağa geçirmek ve taraflara imzalatmak suretiyle meydana gelir.⁴⁶³ HMK'nin 154. maddesinin 3. fıkrasının (ç) bendine göre, taraflar dava devam ederken mahkeme dışında yapmış oldukları sulha ilişkin sözleşmeyi mahkemeye ibraz etmeleri ve ibraz edildiğinin tutanağa geçirilmesi ile mahkeme dışı sulh meydana gelmiş olur.⁴⁶⁴

⁴⁶¹ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 534; Yargıtay'a göre de, "*Sulhü vekaleten akteden vekilin vekaletnamesinde, sulhe vekaleti hakkında sarih mezuniyet bulunmaması hasebiyle sulhün nafiz ve muteber olmayacağıнын nazarı alınmaması yolsuzdur.*" **Y1HD**, 26.12.1944, E.1944/3473, K.1944/4018; **Arık**, 153.

⁴⁶² **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, 468; **Pekcanitez**, 379; **Konuralp**, 124; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 627; **Kuru**, El Kitabı, 617.

⁴⁶³ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 558.

⁴⁶⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 558; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, 457.

Sulh, feragat ve kabul müesseselerinden farklı olarak şarta bağlanabilir.⁴⁶⁵ Sulh sözleşmesi şarta bağlı olarak yapılmışsa ve henüz şart gerçekleşmemişse, şarta bağlı hüküm kurulamayacağından mahkeme uyuşmazlığın esası hakkında karar veremez.⁴⁶⁶ Bu durumda mahkemece karar verilmesine yer olmadığı tespiti edilerek yargılamaya son verilecek, sulh sözleşmesi kesin hüküm oluşturmayacaktır. Sulh şarta bağlı olarak gerçekleştirilmemişse, mahkeme sulh anlaşmasına göre bir karar vermek zorundadır. Tarafların uyuşmazlığın esaslı noktalarını ayrıntılı düzenleyerek mahkemeye sunmalarında kuşkusuz hukuki yarar vardır.⁴⁶⁷ Sulh sözleşmesi üzerine mahkemece verilen karar, kural olarak maddi anlamda kesin hüküm oluşturur.⁴⁶⁸ Mahkeme huzurunda yapılan sulhlar ilam niteliğinde belge olup, ilamlar gibi icra edilebilecektir.⁴⁶⁹

Taraflar mahkeme önünde yaptıkları sulh sözleşmesi ile bağlıdırlar ve bu sözleşmeden dönemezler. Ancak taraflar, feragat ve kabulde olduğu gibi iradeyi sakatlayan hallerden olan hata, hile veya tehdit nedenlerinden birine dayanarak sulh sözleşmesinin iptalini isteyebilirler.⁴⁷⁰

⁴⁶⁵ **Kuru/Arslan/Yılmaz, 537; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 558; Konuralp, 125; YHGK, 10.11.1965, E. 1965/6-757, K. 1965/412; Önen, Sulh, 58.**

⁴⁶⁶ **Konuralp, 125; Kuru/Arslan/Yılmaz, 537; Pekcanitez, 380.**

⁴⁶⁷ **Kuru/Arslan/Yılmaz, 538.**

⁴⁶⁸ **Konuralp, 125.**

⁴⁶⁹ **Kuru/Arslan/Yılmaz, 537.**

⁴⁷⁰ **Konuralp, 125; Kuru/Arslan/Yılmaz, 537; Pekcanitez, 380; Ulusan, 164; Arık, 147; Önen, Sulh, 174 vd.**

Taraflar yaptıkları sulhta, yargılama giderleri konusunda da anlaşmışlarsa mahkeme buna göre karar verir, gerekirse taraflara bu konuda anlaşmaları için süre verilebilir.⁴⁷¹

Davada, tarafların anlaşmaları yoluyla davayı sona erdirmeleri, kural olarak, mahkemece o konuda verilen hüküm kesinleşinceye kadar mümkündür.⁴⁷²

Taraflar ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hallerde sulh sözleşmesi yapabilirler.⁴⁷³ Serbestçe tasarruf edemedikleri davalarda taraflar sulh olsalar dahi dava sona ermez.⁴⁷⁴ Bu bakımdan kamu düzenine ilişkin olan ve re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu hizmet tespiti davalarında taraflar sulh sözleşmesi imzalayamazlar. Taraflar böyle bir sözleşme imzalamış iseler mahkemece bu sözleşmenin dikkate alınmayıp davaya devam edilmesi gerekir.

İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesine yer alan “... *İlk oturumda mahkeme tarafları sulha teşvik eder. Uzlaşamadıkları ve taraflar veya vekillerinden birisi gelmediği takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilir.*” hükmü ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda uygulama

⁴⁷¹ **Aldemir**, 275.

⁴⁷² Bkz. 6100 sayılı HMK'nın 314. maddesinin gerekçesi.

⁴⁷³ **Y14HD**, 11.10.2005, E. 2005/4833, K.2005/8901 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁷⁴ **Kuru**, Usul, C. IV, 3794; **Konuralp**, 125; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 538; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 558.

alanı bulabilir. Bu açıdan hizmet tespiti davalarında mahkemenin HMK m. 137/1 gereğince tarafları sulhe teşvik etmesi mümkün değildir.⁴⁷⁵

4. Hizmet Tespiti Davası ile İşçilik Alacaklarına İlişkin Davanın Birlikte Açılmış Olması Durumunda Davaya Son Veren Taraf İşlemlerinin Davaya Etkisi

Uygulamada çalışanların işyerinden ayrılmalarını müteakip işveren aleyhine hem alacak davası hem de hizmet tespiti davası açtıkları görülmektedir. Böyle durumlarda davanın taraflarının işçilik alacakları üzerinde feragat, kabul veya sulh yoluna gitmelerine herhangi bir engel yoktur.⁴⁷⁶ Bu durumda feragat ve kabul beyanı ya da sulh sözleşmesi mahkemece dikkate alınmalı ve davanın işçilik alacaklarına ilişkin kısmı bakımından talebin kısmen ya da tamamen reddine veya kabulüne karar verilmelidir. Davanın hizmet tespiti talebine ilişkin kısmı bakımından ise yargılamaya devam olunarak hüküm kurulmalıdır.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ **Duman**, 110; Hizmet tespiti davası ile işçilik alacaklarına ilişkin davanın birlikte açılmış olması durumunda 5521 sayılı Kanunun 7. maddesinde düzenlenen sulha teşvik kurumunun uygulanamayacağı görüşü için bkz. **Duran**, 183. Sulh olmaya teşvik hakkında ayrıntılı bilgi ve yabancı hukuk örnekleri için bkz. **Sarisözen**, 227 vd.

⁴⁷⁶ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 336; Hizmet tespiti davası ile işçilik alacaklarına ilişkin davanın birlikte açılmış olması durumunda 5521 sayılı Kanunun 7. maddesinde düzenlenen sulha teşvik kurumunun uygulanamayacağı görüşü için bkz. **Duran**, 183.

⁴⁷⁷ **Arap**, 2494.

B. Davanın Konusuz Kalması

Davanın konusu, davacının mahkemeden hüküm altına alınmasını talep ettiği şeydir. Davanın konusuz kalması ise görülebilecek bir uyuşmazlığın kalmamasıdır. Davacının mahkemeden hakkında hukuksal koruma istediği şey ortadan kalkar ya da hukuksal koruma istenilen uyuşmazlık, uyuşmazlık olmaktan çıkarsa dava konusuz kalır.⁴⁷⁸ Örneğin, tahliye davası devam ederken davalı kiracı kiralananı tahliye ederse, tahliye davası konusuz kalır. Aynı şekilde, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi durumunda, boşanma davası konusuz kalır. Davanın konusuz kalması halinde mahkemece davanın esasına ilişkin bir karar verilemez.⁴⁷⁹ Bu durumda mahkemece esas hakkında karar verilmesine mahal olmadığına karar verilmesi gerekir. Ancak yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin kime yükletileceğinin tespit edilebilmesi bakımından mahkemece yargılamaya devam edilerek davanın açıldığı tarihte hangi tarafın haksız olduğunun tespit edilmesi gerekir.⁴⁸⁰

Davanın konusuz kalması halinde ortaya çıkacak sonuçlar davacının davadaki hukuki yararının ortadan kalkması halinde de geçerlidir. Hukuki yarar dava şartıdır ve davacının davayı açmaktaki menfaatini ifade eder.⁴⁸¹ Dava devam ederken

⁴⁷⁸ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 470; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 561.

⁴⁷⁹ **YHGK**, 06.04.2005, E. 2005/21-187, K.2005/242, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 296; **Saraç**, 455.

⁴⁸⁰ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 471; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 296; **Kuru**, El Kitabı, 534.

⁴⁸¹ **Bilge/Önen**, 406; **Postacıoğlu**, 195 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 273.

davacının hukuki yararı ortadan kalkarsa tıpkı davanın konusuz kalması durumundaki gibi mahkemece davanın esasına ilişkin bir karar verilemez.

Hizmet tespiti davasında davacının davayı açmakta hukuki yararının bulunması zorunludur. Davacının bu davadaki hukuki yararı, fiilen çalıştığı, fakat işverence Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmeyen günlerin ve ücret miktarlarının tespittir. Hizmet tespiti davasında verilen hüküm neticesinde ilamda gösterilen prim ödeme gün sayıları ile aylık kazançlar toplamı davacının hizmeti olarak dikkate alınacaktır. Bu nedenle Kuruma bildirilmiş, prim ve hizmet belgesi verilmiş hizmetler bakımından, tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır.⁴⁸²

Aynı şekilde Yargıtay tarafından sigortalının sigorta edimlerinden yararlanma yolunda Kuruma herhangi bir talepte bulunmaksızın ve talebi de Kurum tarafından reddedilmeksizin tespit davası açması durumunda, henüz ihlal edilen bir hukuki yarar bulunmadığından tespit davası açılmasının da mümkün olamayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak yine Yargıtaya göre, davacının Kuruma başvurmaksızın tespit davası açmasının bir zorunluluk olduğunun ispatlanması halinde hukuki yararın bulunduğu kabulü gerekir.⁴⁸³

Hizmet tespiti davası devam ederken davacının ölmesi durumunda hak sahiplerinin⁴⁸⁴ davaya devam edebilmeleri için hukuki yararlarının bulunması

⁴⁸² **Y10HD**, 03.05.1988, E.1988/2991, K.1988/3030, **Saraç**, 456.

⁴⁸³ **YHGK**, 02.05.1979, E.1979/1059, K.1979/420, **Saraç**, 455.

⁴⁸⁴ 5510 s. Kanuna göre hak sahibi, sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasını ifade eder (m.3/7).

gerekir.⁴⁸⁵ Yargıtayın, konuya ilişkin bir kararında⁴⁸⁶ “... sigortalının ölmesi dolayısıyla eş ve çocuklarının dahi böyle bir dava açmalarında ölüm aylığından yararlanmaları bakımından hukuki menfaatlerinin bulunduğu kabulü gerekmiş olmasına göre...” ifadelerine yer verilerek hukuki yarar şartının hak sahipleri tarafından açılacak davalarda da dava şartı olarak göz önüne alınacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde, sigortalı sağlığında sigorta edimlerine hak kazanamamış ise hak sahiplerinin de yararlanabileceği bir sigorta yardımı bulunamayacağından, hizmet tespiti davası açmalarında hukuki yararlarının bulunmadığı kabul edilmelidir.⁴⁸⁷

Dava devam ederken davacı sigortalının ölmesi durumunda hak sahiplerinin davaya devam etmeleri mümkündür. Hak sahiplerinin birden fazla olması durumunda mecburi dava arkadaşı olarak davaya devam etmeleri gerekir. Ancak davacının hiç hak sahibinin bulunmaması durumunda davaya devam edilmesi mümkün olamayacaktır. Mahkeme, böyle bir durumda davanın konusuz kalması sebebiyle esas hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına karar verecektir. Ancak

⁴⁸⁵ **Y10HD**, 17.01.1997, E.1997/1250, K.1997/22; **Duman**, 82; **Saraç**, 459; Sigortalı hayatta iken de hak sahiplerinin hizmet tespiti davası açmalarının mümkün olduğuna ilişkin olarak bkz. **Y10HD**, 12.09.1979, E.1979/4333, K.1979/7341; Ancak Yargıtay daha sonraki bir kararında sigortalı hayatta iken eşinin dava hakkı olmadığına karar vermiştir. Anılan karar için bkz. **Y10HD**, 19.03.1984, E.1984/1413, K.1984/1559; **Öztürk**, Tespit, 36, dn.51.

⁴⁸⁶ **Y10HD**, 03.03.1977, E. 1977/6480, K. 1977/1496; Aynı yönde: **Y10HD**, 21.09.1982, E.1982/3716, K.1982/3844, **Saraç**, 459, dn.33.

⁴⁸⁷ **Saraç**, 459.

mahkemece yargılamaya devam edilerek hangi tarafın haksız olduğu tespit edilmeli, yargılama giderleri ve vekâlet ücreti haksız olduğu tespit edilen tarafa yükletilmelidir.

Bu noktada değinmek gerekir ki hizmet tespiti davasının açılması ile birlikte Kurum gerçek ya da gerçek dışı olsun, çalışma olgusundan haberdar olmaktadır. Böyle bir durumda Kurum'un kendi denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacağı soruşturma, denetim ve incelemelerden kayıt ve belgelere dayanmaksızın çalıştığını tespit ettiği sigortalılara ilişkin yasanın aradığı belgeleri re'sen düzenleme yoluna gitmesi mümkündür. Ancak hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının Kuruma bildirilmediği anlaşılan veya eksik bildirildiği tespit edilen sigortalıların geriye yönelik hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının, yasa gereği en fazla tespitin yapıldığı tarihten geriye yönelik bir yıllık kısmı dikkate alınabilir (SSGSSK m.86/8).

C. Dosyanın İşlemden Kaldırılması

1. Davanın Duruşmaya Gelmeyen Tarafın Yokluğunda Görülmesi

Davanın tarafları usulüne uygun olarak duruşmaya çağrılmalarına rağmen taraflardan birinin duruşmaya gelmemesi durumunda, duruşmaya gelmiş olan tarafın davayı takip etmeyeceğini bildirmesi halinde dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilir. Duruşmaya gelmiş olan taraf davayı takip edeceğini bildirmiş ise dava gelmeyen tarafın yokluğunda sürdürülür (HMK m.150/1-2).⁴⁸⁸ Yüksek Mahkeme bir

⁴⁸⁸ **Kuru**, Usul, C. IV, 4057; Ancak HMK 147'ye göre, davaya karşı tarafın yokluğunda devam edilebilmesi için duruşmaya gelmemiş olan tarafa gönderilmiş olan meşruhatlı davetiyede bu hususun belirtilmiş olması zorunludur. Bu durumda

kararında duruşmaya gelmemiş olan tarafın mazeret bildirmiş olması fakat mahkemece bu mazeretinin kabul edilmemesi halinde de, duruşmaya gelmiş olan tarafın talebi ile dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar verilebileceğine hükmetmiştir.⁴⁸⁹

Yargıtay tarafından öteden beri hizmet tespiti davasının işverenin yanında Kuruma da yöneltilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁹⁰ İşveren ya da işverenler ile Kurum arasındaki ilişki şekli mecburi dava arkadaşılığıdır.⁴⁹¹ Bu yönden işveren ya da işverenler ile Kurum birlikte hareket etmek zorunda olmayıp ayrı usul işlemleri yapabilirler. Hizmet tespiti davalarında, davacı tarafın duruşmaya gelmemesi durumunda davalılardan en az birinin davaya devam edeceğini bildirmesi halinde davaya devam edilmesi gerekir. Duruşmaya gelmiş olan tarafın davayı takip etmeyeceğini bildirmesi durumunda dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar duruşmaya gelmemiş olan taraf kural olarak yokluğunda cereyan etmiş olan işlemlere itiraz edemez.

⁴⁸⁹ **Y12HD.**, 27.11.1979, E.1979/8283, K.1979/8614; **Yılmaz**, Açılmamış Sayılma, 183; **Arap**, 2497.

⁴⁹⁰ “*Sosyal Sigortalar Kanununun 79/10 maddesinde sigortalı hizmetin tespiti davasının kime karşı açılacağı konusunda bir düzenleme yoktur. Ancak yargı kararları ile davanın işveren ile birlikte Kuruma karşı açılması gereği vurgulanmaktadır. (...) Kurumun sonucunda alınacak ilamı infaz edeceği ve hak alanını ilgilendiren bir davada taraf olması doğaldır.*” **YHGK**, 14.04.2004, E.2004/21-226, K.2004/223; Kurumun davacının yanında davaya katılması gerektiği görüşü için bkz. **Öztürk**, Kurum, 1027.

⁴⁹¹ **Saraç**, 465; **Duman**, 93; **Öztürk**, Tespit, 37.

verilmelidir. Yargıtay da taraflardan birinin duruşmaya gelmemesi halinde karşı tarafın davaya devam etmeyeceğini bildirmesi durumunda dosyanın işlemde kaldırılmasına ve üç aylık süre içerisinde yenilenmemesi durumunda davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerektiği kabul etmektedir.⁴⁹²

Hizmet tespiti davalarında görevli mahkeme iş mahkemesidir (SSGSSK m.86/9; m.101). İş Mahkemeleri Kanununun 15. maddesinde “*Bu kanunda sarahat bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu uygulanır.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu bakımdan hizmet tespiti davasında HMK’nun 150. maddesi uygulanacaktır.

Doktrinde re’sen araştırma ilkesi daha geniş yorumlanmak suretiyle davacının davasını takip etmemesi gerekçesiyle dosyanın işlemde kaldırılması kabul ve feragatin geçersizliğinde olduğu gibi sosyal güvenlik ilkesiyle bağdaşmayacağı, hizmet tespiti davalarında davacı tarafın duruşmaya gelmemesi durumunda karşı tarafın davaya devam etmeyeceğini bildirmesi halinde davanın kamu düzeni ile olan ilgisi ve İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesi göz önüne alınarak davaya devam edilmesi gerektiği, ortaya çıkacak yargılama giderlerinin HMK m. 325’e göre⁴⁹³, Devlet hazinesi tarafından yapılmasına karar verilebileceği ileri sürülmektedir.⁴⁹⁴

⁴⁹² **YHGK**, 05.03.2008, E.2008/21-215, K.2008/222. Aynı yönde: **Y10HD**, 12.11.1996, E.1996/9708, 1996/9735 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁹³ HMK m. 325: “*Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde, hâkim tarafından resen başvurulmuş deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verilir. Belirlenen süre içinde bu işlemlere ait giderleri*

Kanımca bu görüş isabetli değildir. Zira kabul ve feragat talep sonucuna ilişkin olup davayı sona erdiren taraf işlemleridir. Oysa dosyanın işlemde kaldırılması ve üç ay içerisinde yenilenmemesi halinde davacı Anayasal sosyal güvenlik hakkından feragat etmemektedir. Açılmamış sayılmasına karar verilen hizmet tespiti davasını davacı yeniden harç ödeyerek açma imkanına sahiptir.

Bunun yanında hizmet tespiti davasının açılması ile birlikte kişinin sigortalı olarak çalıştığı fakat Kuruma bildirilmediği iddiasının Kurum tarafından değerlendirilmesi gerekir. Zira hizmet tespiti davası ile birlikte Kurum gerçek ya da gerçek dışı olan bir çalışma ilişkisinden haberdar olmaktadır. Bu durumda dürüstlük kuralları gereğince Kurumun davaya devam etmesi gerekir.⁴⁹⁵

2. İki Tarafın Da Duruşmaya Gelmemesi Nedeniyle Dosyanın İşlemden Kaldırılması Ve Yenilenmesi

Oturuma usulünce çağrılmış olan tarafların hiçbiri duruşmaya gelmediği takdirde, dava yenileninceye kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir⁴⁹⁶ (HMK m. 150/1). Dosyanın işlemde kaldırıldığı tarih, mahkemenin bu yönde karar verdiği tarih değil, işlemde kaldırılmayı gerektiren durumun, yani iki tarafın gelmediği duruşmanın gerçekleştiği tarihtir.⁴⁹⁷

karşılacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazine'den ödenmesine hükmedilir.”

⁴⁹⁴ **Duman**, 111.

⁴⁹⁵ **Duman**, 111.

⁴⁹⁶ **Kuru**, Usul, C. IV, 4062.

⁴⁹⁷ **YHGK**, 04.02.2009, E.2009/21-15, K.2009/49 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

Dosyası işlemde kaldırılmış olan dava, işlemde kaldırıldığı tarihten itibaren üç ay içerisinde yenilenebilir. Bu nedenle dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verildiğinde yargılama giderleri ve vekâlet ücretine ilişkin bir karar verilmez.⁴⁹⁸ Yenileme talebi ile dosyanın işlemde kaldırılmasına rağmen derdest kalmakta olan davanın, mahkemece yeniden ele alınarak incelenip sonuçlandırılması istenir.⁴⁹⁹ Dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilen tarihten itibaren bir ay içinde yenileme talebinde bulunulması halinde yeniden harç alınmaz. Bir ay geçtikten sonra yapılan yenileme taleplerinde ise yeniden harç alınır.⁵⁰⁰ Bu harç yenileme talebinde bulunan taraftan alınır ve karşı tarafa yükletilemez. Bu şekilde harç yatırılarak yenilenen dava yeni bir dava sayılmaz (HMK m. 150/4). Bu açıdan tarafların dosyanın işlemde kaldırılmasından önce yapamadıkları bir işlemi davanın yenilenmesinden sonra da yapmaları mümkün değildir.⁵⁰¹ Örneğin, davanın yenilenme tarihinde 5510 sayılı Kanunun 86/9. maddesinde düzenlenen 5 yıllık hak düşürücü süre geçmiş olsa bile davalılarca hak düşürücü sürenin geçirildiği iddia edilemeyeceği gibi mahkemece de hak düşürücü sürenin geçirilmiş olması sebebiyle davanın reddine karar verilemez.

Hizmet tespiti davasının tarafları sigortalı ya da hak sahipleri ile işveren ya da işverenler ile Kurum'dur. Bu bakımdan davacı ya da davalılardan birisinin dahi duruşmaya gelmemesi halinde davaya bakan mahkeme tarafından dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir.

⁴⁹⁸ **Ulukapı**, Duruşmaya Gelmemesi, 121.

⁴⁹⁹ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 565; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, 400

⁵⁰⁰ **Aras/Arslan/Cesur**, II, 705.

⁵⁰¹ **Postacıoğlu**, 523.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun konuya ilişkin bir kararında, “... *Hal böyle olunca, davadan feragat ile davanın açılmamış sayılması müesseselerinin birbirinden tamamen farklı müesseseler olması, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi halinde kanunlarda öngörülen süreler içerisinde her zaman yeniden dava açılabilmesinin olanaklı bulunması, HUMK m. 409’da açıklanan kuralın emredici bir kural olması ve kanunlarda açıkça bir istisna getirilmemiş olması nedeniyle iki defadan fazla takipsiz bırakılan davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken yargılamaya devam edilerek davanın esastan sonuçlandırılması doğru görülmemiştir.*”⁵⁰² ifadeleri ile iki defadan fazla takipsiz bırakılan davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.

3. İki Tarafın Da Duruşmaya Gelmesi ve Davayı Takip Etmeyeceklerini Bildirmeleri

Oturuma usulünce çağrılmış olan davanın taraflarının duruşmaya gelmelerine rağmen davayı takip etmeyeceklerini bildirmeleri durumunda dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir⁵⁰³ (HMK m.150/1). Bunun üzerine ortaya çıkacak olan sonuçlar iki tarafın da duruşmaya gelmemesi nedeniyle dosyanın işlemde kaldırılmasındaki gibidir.

⁵⁰² **YHGK**, 05.03.2008, E.2008/21-215, K.2008/222 (Neohukuk İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁰³ **Kuru**, Usul, C. IV, 4072.

D. Davanın Açılmamış Sayılması

1. Dava Dosyasının İşlemden Kaldırılması Nedeniyle Davanın Açılmamış Sayılmasına Karar Verilmesi

HMK m.150/1'e göre işlemden kaldırılmasına karar verilen dosyanın işlemden kaldırıldığı tarihten itibaren 3 ay içerisinde yenilenmemesi durumunda davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK m. 150/5). Ayrıca davanın işlemden kaldırılmasına karar verilmiş ve daha sonra dava yenilenmiş ise ilk yenilemeden sonra bir defadan fazla takipsiz bırakılamaz. Aksi takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK m.150/6). Ancak burada Kanun koyucu özel bir düzenlemeye yer vermiş ve basit yargılama usulünün uygulandığı davalarda, işlemden kaldırılmasına karar verilen dosyanın, yenilenmesinden sonra takipsiz bırakılması halinde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK m. 320/4). İş Mahkemelerinde basit yargılama usulsü uygulandığından bu hüküm hizmet tespiti davalarında uygulama alanı bulacaktır.

Davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği takdirde davacı davasından feragat etmiş olmaz. Davacı, davasını takipten vazgeçmiş ve terk etmiş sayılır. Davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinden sonra davacı, yeniden harç ödeyerek davasını tekrar açabilir. Açılacak olan yeni davada eski davanın açılması ile meydana gelmiş olan sonuçlar devam etmez.⁵⁰⁴

İş Mahkemeleri Kanununun 15. maddesinin yaptığı atıf nedeniyle söz konusu düzenlemeler hizmet tespiti davalarında da uygulama alanı bulacaktır. Açılmamış sayılmasına karar verilen hizmet tespiti davasının davacısı, beş yıllık hak düşürücü süre içerisinde yeniden harç ödemek suretiyle davasını yeniden açabilir.

⁵⁰⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz, 571; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 356.**

2. Görevsizlik ve Yetkisizlik Nedeniyle Davanın Açılmamış Sayılmasına Karar Verilmesi

Hizmet tespiti davalarında görevli mahkeme, iş mahkemesidir (SSGSSK m.86/9). İş mahkemesinin bulunmadığı yerlerde dava iş mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemelerinde açılır (İMK m.1/3). Görev kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkeme, yargılamanın her safhasında görevli olup olmadığını gözetir. Taraflar da yargılamanın her safhasında görev itirazında bulunabilirler. Mahkeme, tarafların itirazı üzerine ya da kendiliğinden yaptığı inceleme neticesinde görevsiz olduğu kanısına varırsa görevsizlik kararı verir (HMK m.1). Mahkeme, bu kararında görevli mahkemeyi belirtir ve dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermekle yetinir. Yargı çevresinde iş mahkemesi bulunmasına rağmen hizmet tespiti davasının Asliye Hukuk Mahkemesinde açılmış olması durumunda Asliye Hukuk Mahkemesi görevsizlik kararı vererek dosyanın İş Mahkemesine gönderilmesine karar verir. Bu durumda davacı görevsizlik kararına karşı kanun yoluna başvurma süresinin son bulunduğu günden veya Yargıtayın onama kararının tebliği tarihinden itibaren iki hafta içerisinde Asliye Hukuk Mahkemesine ya da İş Mahkemesine başvurarak davalı işveren ile Kuruma tebligat yaptırmaması gerekir.⁵⁰⁵ Davacının iki hafta içerisinde görevli İş Mahkemesine ya da Asliye Hukuk Mahkemesine başvurmaması durumunda davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (HMK m.20). Bu durumda davacı yeniden harç ödemek suretiyle davasını tekrar açabilir.⁵⁰⁶ Davacının iki hafta

⁵⁰⁵ İki haftalık süre hak düşürücü süre olup mahkeme tarafından re'sen dikkate alınması gerekir. **YHGK**, 29.03.1950, 2/113-12; **Aras/Arslan/Cesur**, I, 373, dn.20.

⁵⁰⁶ **Yılmaz**, Açılmamış Sayılma, 94; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 132; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 108; **Postacıoğlu**, 135.

içerisinde görevli İş Mahkemesine ya da Asliye Hukuk Mahkemesine başvurması halinde ise davaya görevli mahkemede devam edilir. Bu durumda görevli mahkemede görülen dava görevsiz mahkemede açılmış olan davanın devamıdır.⁵⁰⁷

İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesine göre, “*İş Mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir.*” Anılan maddede düzenlenen yetki kuralları kamu düzenine ilişkindir. Yetkinin kamu düzenine ilişkin olduğu durumlarda, yetki itirazı ilk itiraz olmayıp dava şartıdır. Taraflar yargılamanın her safhasında yetki itirazında bulunabileceği gibi mahkeme de yetkili olup olmadığını inceler ve yetkisiz olduğu kanaatine varırsa yetkisizlik kararı verir. Bu durumda davacının yetkisizlik kararına karşı kanun yoluna başvurma süresinin son bulduğu günden veya kanun yoluna başvurulmuş ve başvurunun reddi kararının tebliği tarihinden itibaren iki hafta içerisinde yetkili veya yetkisizlik kararını veren mahkemeye başvurmaması durumunda yetkisiz mahkemeye açılmış olan dava açılmamış sayılır. Bu durumda davacı yeniden harç ödemek suretiyle davasını tekrar açabilir.⁵⁰⁸ Davacının iki haftalık süre içerisinde yetkili mahkemeye başvurması durumunda yetkili

⁵⁰⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında görevsiz mahkemede yapılmış olan tahkik işlemlerinin görevli olan mahkemede dikkate alınabileceğini kabul etmiştir. **YHGK**, 27.02.1957, E. 1957/25, K. 1957/19, **Bilge/Önen**, 177; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 131; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 116.

⁵⁰⁸ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 166; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 124.

mahkemede görülmeye başlanan dava yeni bir dava olmayıp yetkisiz mahkemede açılmış olan davanın devamıdır.⁵⁰⁹

3. Vekâletnamenin Verilmemesi Nedeniyle Davanın Açılmamış Sayılmasına Karar Verilmesi

Dava vekil ile takip edilecekse vekil, vekâletnamenin aslını ya da onaylı örneğini, dava dosyasına konulmak üzere mahkemeye vermek zorundadır (HMK m. 76). Ancak gecikmesinde zarar umulan hallerde (örneğin hak düşürücü sürenin korunması, zamanaşımının kesilmesi, davalının cevap süresini kaçırma ihtimali gibi) mahkeme, vereceği kesin bir süre içinde vekâletnamesini getirmek şartıyla vekilin dava açmasına ya da usul işlemleri yapmasına izin verebilir. Mahkemece verilen kesin süre içerisinde usulüne uygun vekâletname veya yapılan işlemlerin asil tarafından kabul edildiğini gösteren dilekçe⁵¹⁰ sunulmaz ise davanın açılmamış sayılmasına karar verilir ve yapılan işlemler hükümsüz kalır (HMK m. 77).

Vekil sıfatıyla dava açan veya açılmış olan bir davayı vekil sıfatıyla takip eden vekilin vekâletnamesini sunmadığı fark edilmeden yargılamaya devam olunmuş ve hüküm verilmiş ise bu Bölge Adliye Mahkemesi tarafından ilk derece

⁵⁰⁹ **Arap**, 2500.

⁵¹⁰ “*BK m.38 hükmünce icazet, temsil salahiyetinin yerini tutar. Esasen icazet hükmünün davaya vekalet halinde dahi tatbik olunması m.67’nin kanuna konuluş gayesine halel getirmez. ...icazet, usul hukukunda da tatbik edilmesi zorunlu esaslardandır.*” **YHGK**, 12.09.1962, 7/68-88; Aynı yönde: **YHGK**, 14.10.1972, 2/712-836, **YHGK**, 11.12.1963, 1/65-100; **Yılmaz**, Açılmamış Sayılma, 40, dn. 8.

mahkemesinin kararının kaldırılarak gönderme kararı vermesini gerektirmektedir.⁵¹¹ (HMK m.353/1-a-4). Mahkemece verilen hüküm kesinleşmiş ise hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir (HMK m.375/1-c).

4. Dava Dilekçesinde Kanuni Noksanlık Bulunması Nedeniyle Davanın Açılmamış Sayılmasına Karar Verilmesi

Dava dilekçesinin içeriğinde bulunması gereken unsurlar HMK'nın 119. maddesinde tek tek sayılmış ve yeni HUMK'a göre daha geniş bir şekilde düzenlenmiştir.⁵¹² İş Mahkemeleri Kanununun 15. maddesi gereğince HMK'nın anılan hükmü hizmet tespiti davalarında da uygulama alanı bulacaktır. Dava

⁵¹¹ “*Vekâletnamesini vermeyen davacı vekillerinin açmış oldukları davaya bakılması ve yaptıkları usul işlemlerinin benimsenmesi bozmayı gerektirir.*” **Y4HD**, 21.04.1989, E.1989/3661, K.1989/3811; **Yılmaz**, Açılmamış Sayılma, 42.

⁵¹² 6100 s. HMK m.119'a göre, “(1) *Dava dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur: a. Mahkemenin adı, b.Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri, c. Davacının Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarası, ç.Varsa, tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri, d. Davanın konusu ve malvarlığına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri, e. Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıfların sıra numarası altında açık özetleri, f. İddia edilen her bir vakıanın hangi delille ispat edileceği, g. Dayanılan hukuki sebepler, ğ. Açık bir şekilde talep sonucu, h. Davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası. (2) Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması halinde, hakim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması halinde dava açılmamış sayılır.*”

dilekçesinde bulunması zorunlu olan unsurlardan, davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri, davacının Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarası, tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri, talep sonucu, davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası unsurlarının eksik olması halinde mahkemece davacıya bir haftalık kesin süre verilerek söz konusu eksikliklerin giderilmesi istenir. Davacı tarafından eksikliklerin giderilmemesi durumunda davanın açılmamış sayılmasına karar verilir. Bu durumda davacı yeniden harç ödemek suretiyle davasını tekrar açabilir. Davacının dava dilekçesindeki eksikliği gidermesi durumunda davaya devam edilir ve bu dava yeni bir dava olmayıp eski davanın devamıdır.⁵¹³

5. Davanın Açılmamış Sayılmasının Sonuçları

Davanın açılmamış sayılması kararı usule ilişkin nihai bir karar olduğundan istinaf kanun yoluna götürülebilir. Kanun yoluna başvurulmayarak ya da başvurularak kesinleşen davanın açılmamış sayılmasına ilişkin karar ile dava açılmamış sayılır.⁵¹⁴ Davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi ile davacı, davasından feragat etmiş sayılmaz. Bu nedenle davacı yeniden harç ödeyerek davasını tekrar açabilir.⁵¹⁵

Davanın açılmamış sayılması kararı ile davanın açılması ile meydana gelmiş olan sonuçlar ortadan kalkar. Bu bakımdan hizmet tespiti davalarında 5 yıllık hak

⁵¹³ **Kuru/Arslan/Yılmaz,** 300; **Yılmaz,** Açılmamış Sayılma, 84; **Aras/Arslan/Cesur,** I, 370.

⁵¹⁴ **Kuru,** Usul, C. IV, 4133; **Aygün,** 848.

⁵¹⁵ **Kuru/Arslan/Yılmaz,** 571; **Pekcanitez/Atalay/Özekes,** 402.

düşürücü süre işlemeye devam edeceğinden açılacak olan yeni davada bu sürenin geçip geçmediğinin yeniden değerlendirilmesi gerekecektir.⁵¹⁶

§ 14. — KANUN YOLLARI

I. Genel olarak

Kanun yolları, davanın taraflarına tanınan ve yanlış veya hatalı olduğunu iddia ettikleri mahkeme kararlarının tekrar incelenmesini öngören bir hukuki yoldur. Kanun yollarına başvurulması ülke çapında hukuk birliğinin sağlanması, yerel mahkemelerin vermiş oldukları kararların denetlenebilmesi ve adil kararın verilebilmesi yönleriyle önem arz etmektedir.⁵¹⁷ Kanun yolu kontrolü sadece tarafların taleplerine bağlı kılınmış bir yoldur. Tarafların karşı koyabilecekleri bir başka başvuru mekanizması da hukuki çare'dir. Hukuki çare genel olarak ara kararlara karşı gidilebilen bir yoldur ve genel olarak kanun yolları bu mekanizmayı kapsamaktadır çünkü ara kararlar ancak nihai kararlar ile birlikte kanun yollarına götürülebilirler.⁵¹⁸ Mahkemelerin nihai kararları haricinde geçici hukuki koruma tedbirleri mahiyetinde olan ihtiyati tedbir ve hacze ilişkin kararlar da kanun yollarına tabidir.⁵¹⁹

Kanun yolları, olağan ve olağanüstü kanun yolları olmak üzere ikili bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır. Olağan kanun yolları, henüz kesinleşmemiş kararlara karşı işletilebilirken; olağanüstü kanun yolları şekli anlamda kesinleşmiş

⁵¹⁶ **Y5HD**, 31.05.1977, E.1977/2658, K.1977/4273, **Aygün**, 850; **Arap**, 2505.

⁵¹⁷ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 599; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 593-599; **Özbay**, 413.

⁵¹⁸ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 599; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 593.

⁵¹⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 598.

kararlara karşı işletilebilen kanun yollarıdır. Bu bakımdan İstinaf ve Temyiz kanun yolları (Karar düzeltme kanun yolu istinaf incelemesinin devreye girmesiyle kaldırılacaktır) olağan, yargılamanın yenilenmesi ise olağanüstü kanun yollarındandır.⁵²⁰

Medeni Usul Hukukunun temel ilkelerinden olan tasarruf ilkesi gereğince taraflar, kanun yollarına başvurma haklarından feragat edebilirler.⁵²¹ Ancak hukuk sistemimizce kanun yollarına başvurma hakkı henüz doğmadan, bu haktan feragat edilmesi geçersiz kabul edilmiştir.⁵²² Zira doğmamış bir haktan feragat edilemeyeceği medeni hukukun temel ilkelerindendir.

Davanın taraflarının kanun yollarına başvururken hukuki yararlarının olması esastır. Başvuru sahibinin kanun yoluna başvurduğu kararın kaldırılması veya değiştirilmesi konusunda korunmaya değer bir yararının bulunması gerekir.⁵²³

İlk derece mahkemesinde talep sonucuna uygun olarak lehine karar verilmiş olan kişinin kural olarak istinaf kanun yoluna başvurmada hukuki yararı bulunmamaktadır. Ancak kişi hüküm lehine olmasına rağmen hükmün gerekçesi bakımından istinaf yoluna gitmekte hukuki yararı varsa bu yola başvurabilir. Taraflardan birinin istinaf kanun yoluna başvuru hakkı bulunmasa veya süresini

⁵²⁰ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 600-601; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 594-595; **Özbay**, 413.

⁵²¹ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 603; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 596.

⁵²² **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 603; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 596.

⁵²³ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 601.

kaçırmış olsa dahi diğer tarafın istinaf başvurusuna cevap vermek suretiyle istinaf kanun yoluna katılabilir.⁵²⁴

Medeni Usul Hukukunda kanun yollarına başvuru sonucu aleyhe karar verme ve bozma yasağı mevcuttur. Kanun yollarına başvuru halinde yapılacak olan inceleme, başvuru sahibinin belirttiği sebeplerle sınırlı olarak yapılacaktır.⁵²⁵ Yapılan inceleme sonucunda verilecek olan karar başvuru sahibinin aleyhine olan hususları işaret ediyor olmasına rağmen, başvuru sahibinin aleyhine karar verilemez. Bu husus aleyhe karar verme ve bozma yasağının (Reformatio In Peius) yansımasıdır.⁵²⁶ Bu yasak aynı hususta diğer tarafın da kanun yollarına başvurması halinde uygulanmaz. Çünkü mahkeme her iki tarafın da lehine olan hususları incelemekle yükümlüdür.⁵²⁷ Bu yasağın uygulanmayacağı diğer bir alan ise, hizmet tespiti davaları gibi re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalardır. Hizmet tespiti davasında verilen hükmü kanun yolları incelemesine götüren tarafın aleyhine yüksek mahkemece inceleme yapılabilecektir.⁵²⁸

⁵²⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 603.

⁵²⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 597.

⁵²⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 597.

⁵²⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 597.

⁵²⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 597.

II. İstinaf Kanun Yolu

A. Genel Olarak

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun⁵²⁹ 26.09.2004 tarihinde kabul edilmiştir. Kanunun uygulanmaya başlaması ile birlikte yargı sistemimiz üç dereceli bir hal alacaktır. Fakat HMK'nin geçici 3. maddesi uyarınca, Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlayana kadar 1086 sayılı HUMK'nin temyiz, karar düzeltme ve yargılamanın yenilenmesi hükümleri uygulanmaya devam edilecektir.

HMK'nin 341. maddesinde, hangi kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Hükme göre, mahkemeler tarafından verilmiş nihai kararlara karşı bu kanun yolu işletilebilecektir.⁵³⁰ Ayrıca nihai kararlara ek olarak ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin kabulü ve reddi kararlarına itiraz üzerine verilen kararlara karşı da istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir (m.341/1).

Kanun, dava konusunun miktar ve değerinin bin beşyüz liradan fazla olması halinde istinaf konun yoluna götürülebileceğini düzenlemiştir (m.341/2). Başvuru sahibi tarafından alacağın bir kısmı istinaf incelemesine götürülmüşse sınır, alacağın tamamına göre belirlenecektir (m.341/3). Alacağın tamamı dava edilmiş olup reddedilen kısmının bin beşyüz lirayı geçmesi halinde istinaf yoluna başvurulabilecektir (m.341/4). Kanunda ayrıca belirleme yapılmadığından

⁵²⁹ **RG**, 07.10.2004/25606.

⁵³⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 601 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 605.

malvarlığına ilişkin olmayan davalarda verilen kararlara karşı da istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir.⁵³¹

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 342. maddesinin (e) bendi gereğince, başvuru sahibinin dilekçesinde başvuru sebeplerini ve gerekçelerini belirtmesi zorunludur. İstinaf başvurusu, başvuru sahibinin belirttiği sebepler ve gösterdiği gerekçeler dikkate alınarak yapılacaktır.⁵³² Kanunun 355. maddesinde belirtildiği üzere, yalnızca kamu düzenini ilgilendiren aykırılık halleri incelenirken Bölge Adliye Mahkemeleri re'sen araştırma yapacaktır.

İstinaf kanun yoluna, davanın tarafları başvurabilecektir. Bu bağlamda mecburi dava arkadaşları birlikte hareket etme zorunluluğundan ötürü kanun yoluna birlikte başvurabileceklerken, her ihtiyari dava arkadaşı birbirinden bağımsız olarak bu kanun yoluna başvurabilecektir.⁵³³ Fer'i müdahilin istinaf başvurusunu nasıl yapacağı hakkında kanunda bir düzenleme olmasa da fer'i müdahile ilişkin esas hükümlerden hareket ederek asıl taraf açıkça istinaf başvurusundan feragat etmedikçe müdahil tek başına istinaf kanun yoluna başvurabilecektir.⁵³⁴ İstinaf kanun yoluna kötü niyetle başvurulduğunda HMK'nin 329. maddesinde düzenlenen kötü niyetle dava açma hükmünün sonuçları uygulanacaktır (m.351).

İstinaf Kanun yolunu inceleyecek olan Bölge Adliye Mahkemesinin yetkisi belirlenirken, kesin yetki kuralları uygulanacak ve yetki sözleşmesi

⁵³¹ **Kuru/Arslan/Yılmaz, 609; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 602.**

⁵³² **Pekcanitez/Atalay/Özekes, 602.**

⁵³³ **Kuru/Arslan/Yılmaz, 613; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 602.**

⁵³⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz, 614; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 602.**

düzenlenemeyecektir.⁵³⁵ Bölge Adliye Mahkemesinin yetkisi ilk derece mahkemesinin yetkisine göre belirlenebileceğinden, kesin yetki olmayan hallerde ilk derece mahkemesi için yapılan yetki sözleşmesi Bölge Adliye Mahkemesi'ne sirayet etmiş olacaktır.⁵³⁶

İstinaf kanun yoluna başvuru süresi, ilamın taraflara tebliğinden itibaren iki haftadır. Bu süre özel kanunlarda farklı düzenlenebilir (m. 345). İş Mahkemeleri Kanunu'na göre istinaf kanun yoluna başvuru süresi kararın tefhim veya tebliğinden itibaren 8 gündür (İMK m. 8/2). Hizmet tespiti davaları iş mahkemelerinde görüldüğünden (SSGSSK m. 86/9) bu davada verilen kararın tefhim ya da tebliğ tarihinden itibaren 8 gün içerisinde istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir.

İstinaf kanun yoluna dilekçe ile başvurulur (m. 341/1). Bu dilekçenin içeriğinde, istinaf yoluna başvuran ile karşı tarafın davadaki sıfatları, ad, soyad, kimlik numarası ve adresleri, varsa kanuni temsilcilerinin ve vekillerinin ad, soyad ve adresleri, kararın hangi mahkeme tarafından verilmiş olduğu, kararın tarihi ve sayısı, kararın özeti, başvuru sebepleri ve gerekçeleri, talep sonucu ve başvuranın veya varsa temsilcisinin ya da vekilinin imzası bulunmalıdır.

Usulüne göre hazırlanan istinaf dilekçesi, kararı veren mahkemeye veya başka bir mahkemeye verilebilir. Alınan istinaf dilekçesi hangi mahkemeye verilmişse o mahkemece Bölge Adliye Mahkemesi başvuru defterine kaydedilir (m.343/1). İstinaf dilekçesi verilirken gereken harç ve tebligat giderleri mahkeme vizesine yatırılmalıdır. Bu giderlerin hiç yatırılmaması veya eksik yatırılması halinde, mahkemece başvuru sahibine bu eksikliği tamamlaması için bir haftalık

⁵³⁵ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 603.

⁵³⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 593-599.

kesin süre verilir ve yatırılmadığı takdirde başvurudan vazgeçilmiş sayılacağı yazılı olarak bildirilir (m.344).

İlk derece mahkemesi başvuru ve cevap dilekçeleri verildikten sonra istinaf dilekçesinin süresinde verilip verilmediği, kararın kesin bir karar olup olmadığı, harç ve giderlerin tam olarak yatırılıp yatırılmadığı konularını inceler. Bu hususlarda bir eksiklik tespit edilmemesi halinde dosya ilk derece mahkemesi tarafından yetkili Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderir.

B. Ön İnceleme

Bölge Adliye Mahkemesi, başvuru hakkında asıl incelemeye geçmeden önce bir ön inceleme yapacak ve bu inceleme neticesinde bir eksiklik bulunmadığı takdirde asıl incelemeye geçecektir (m. 352).

Ön incelemede, dosyanın incelenmesinin başka bir dairenin görev alanına girip girmediği, ilk derece mahkemesi kararının kesin olup olmadığı, başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı, başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği, başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin gösterilip gösterilmediği hususları incelenir (m. 352).

C. Asıl İnceleme

Ön incelemede eksik tespit edilemezse asıl inceleme safhasına geçilir. Ön incelemeden sonra Bölge Adliye Mahkemesi duruşma yapılıp yapılmayacağına karar verir.⁵³⁷

⁵³⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 610.

HMK'nin 353. maddesinin 1. fıkrasında usule ilişkin hususlarda duruşma yapılmadan verilecek olan kararlar saymak suretiyle belirtilmiştir. Bu haller şunlardır:

- 1) Davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması.
- 2) İleri sürülen haklı ret talebine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması.
- 3) Mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli ya da yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması veya mahkemenin bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi dışında kalması.
- 4) Diğer dava şartlarına aykırılık bulunması.
- 5) Mahkemece usule aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına, merci tayinine karar verilmiş olması.
- 6) Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması halleridir.

HMK'nin 353. maddesinin 2. fıkrasında ise esasa ilişkin hususlarda duruşma yapılmadan verilecek kararlar saymak suretiyle düzenlenmiştir. Bu haller ise şunlardır:

- 1) İncelenen mahkeme kararının usul veya esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığı takdirde başvurunun esastan reddine,
- 2) Yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı

takdirde veya kararın gerekçesinde hata edilmiş ise düzelterek yeniden esas hakkında,

3) Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra yeniden esas hakkında, duruşma yapılmadan karar verilir.

D. İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilecek Kararlar

Bölge Adliye Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını usule uygun ve esas yönünden de doğru olduğu kanaatine varırsa istinaf talebini reddeder. Bölge Adliye Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı usule uygun ve esas yönünden de doğru bulmazsa gönderme kararı, davanın kısmen veya tamamen kabulü kararı ya da davanın reddi kararı verebilir.⁵³⁸

Duruşma yapılmasına gerek olmayan, usuli hataların 6 bent halinde saymak suretiyle belirtildiği 353. maddedeki durumlarda Bölge Adliye Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi kararını verir.

Bölge Adliye Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı kaldırarak davanın kısmen ya da tamamen kabulü kararı da verebilir. Bu, kararı verebilmesi için Bölge Adliye Mahkemesinin işin esasına girmiş olması gerekmektedir.⁵³⁹ İlk derece mahkemesi, davanın reddine karar vermiş ve bu karar taraflarca istinaf incelemesi için Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmişse ve Bölge Adliye Mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde

⁵³⁸ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 620-621; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 615-616.

⁵³⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 616.

ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı kaldırarak yeni bir karar verebilmektedir.⁵⁴⁰

Bölge Adliye Mahkemesi, son olarak ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davanın reddine karar verebilir. Bu kararı verebilmesi için işin esasına girmiş olması gerekmektedir.⁵⁴¹ İlk derece mahkemesi açılmış olan davanın kabulüne karar vermiş ve istinaf incelemesi sonucunda Bölge Adliye Mahkemesinin bu kararı hukuka uygun bulmaması halinde ilk derece mahkemesinin yerine geçerek davanın reddine karar verecektir.⁵⁴²

III. Temyiz Kanun Yolu

Temyiz, Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından verilmiş olan kararların hukuka uygunluk denetimidir. Temyiz incelemesinde, istinaf incelemesinde olduğu gibi, alt derece mahkemesinin yerine geçerek karar verilmemekte, yalnızca hukuka uygunluk denetimi yapılmaktadır.⁵⁴³

Temyiz incelemesi Yargıtay tarafından yapılır. Hangi kararların temyiz edilebileceği, HMK'nin 361. maddesinde düzenlenmiştir. Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından verilen temyizi kabil nihai kararlar ve hakem kararlarının iptali üzerine verilecek olan kararlar için temyiz kanun yoluna başvurulabilecektir. HMK'nin 362. maddesinde ise, temyiz edilemeyecek kararlar saymak suretiyle düzenlenmiştir. Temyiz kanun yoluna davanın tarafları başvurabilmektedir. HMK'nin 361. maddenin

⁵⁴⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes, 616. Kuru/Arslan/Yılmaz, 616.**

⁵⁴¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes, 616.**

⁵⁴² **Pekcanitez/Atalay/Özekes, 616.**

⁵⁴³ **Pekcanitez/Atalay/Özekes, 616.**

2. fıkrası gereğince davada haklı çıkmış olan taraf da hukuki yararı bulunmak şartıyla temyiz kanun yoluna başvurabilir. HMK'nin 364. maddesinde temyiz dilekçesinde bulunması gereken unsurlar düzenlenmiştir. Temyiz dilekçesine taraf sayısı kadar nüsha eklenmelidir.

Her ne kadar HMK'de temyiz sebepleri belirtilmemişse de bozma sebepleri belirtildiğinden bunlardan hareketle temyiz sebepleri ortaya konulmuştur.⁵⁴⁴ Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması, dava şartlarına aykırılık bulunması, taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi ve karara etki eden yargılama hatası veya eksikliklerinin bulunması durumunda Bölge Adliye Mahkemesince verilmiş olan karar temyiz edilebilecektir.⁵⁴⁵

HMK'nin 361. maddesine göre, Bölge Adliye Mahkemelerinin hukuk dairelerinden verilen temyizi mümkün kararlar aleyhine tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde temyiz kanun yoluna başvurulabilecektir. Ancak temyiz süresi belirlenirken, özel kanun hükümleri dikkate alınmalıdır. Zira 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda temyiz süresi 8 gün olarak belirlenmiştir. Bu bakımdan hizmet tespiti davaları için temyiz süresi 8 gün olacaktır. HMK'nin 366. maddesinde ise istinaf kanun yolunun özelliklerine yapılan atıf sonucu temyiz başvurusuna karşı verilebilecek cevaplar iki haftalık bir süreye tabi olacaktır.

Temyiz edilmiş olan dosya Yargıtay incelemesi için ilgili daireye geldiğinde, 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 40. maddesinin 3. fıkrasına göre öncelikle ön incelemeye tabi tutulur. Ön inceleme safhasında işin esasına girmek için herhangi bir

⁵⁴⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 618.

⁵⁴⁵ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 618.

engel bulunmadığı tespit edilirse, dosya temyizen incelenir. HMK'nin 369. maddesine göre, temyiz incelemesi kural olarak dosya üzerinden yapılır. HMK'nin 369. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen hallerin gerçekleştiği durumlarda tarafların talebiyle duruşma yapılabilir.

Temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay, bozma, onama ve düzelterek onama kararı verecektir. Yargıtay, taraflarca ileri sürülen veya kendisinin tespit ettiği temyiz sebeplerini yerinde görürse, Bölge Adliye Mahkemesinin vermiş olduğu kararı kısmen veya tamamen bozacaktır.⁵⁴⁶ Yargıtay'ın vermiş olduğu bozma kararı Bölge Adliye Mahkemesinin yeniden esas hakkında karar verdiği bir dosyaya ilişkin ise dosya, kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilir. Ancak bozma kararı Bölge Adliye Mahkemesince esastan redde ilişkin karar için verilmişse Bölge Adliye Mahkemesi kararı kaldırılarak dosya kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilecektir (m. 373/1). Bölge Adliye Mahkemesi veya ilk derece mahkemesi Yargıtayca verilen bozma kararına karşı uyma kararı verirse bu kararları ile bağlı olur ve ara karar ile bundan dönemez.⁵⁴⁷ Uyma kararı ile bu karar lehine olan taraf bakımından usuli müktesep hak doğmaktadır.⁵⁴⁸ Bölge Adliye Mahkemesi bozma kararına karşı direnme kararı verirse, daha önce vermiş olduğu kararı değiştiremez. Ancak taraflar Yargıtayın bozma kararına Bölge Adliye Mahkemesinin uymasını talep ederlerse artık direnme kararı verilemeyecektir.⁵⁴⁹ Direnme kararına karşı

⁵⁴⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 624.

⁵⁴⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 624.

⁵⁴⁸ **YHGK**, 29.05.2002, E. 2002/7-444, K. 2002/463.

⁵⁴⁹ **YHGK**, 25.06.2003, E. 2002/10-170, K. 2002/188.

tarafklar tekrar temyiz yoluna başvurabilirler. Daha önce temyiz kanun yoluna başvurmayan taraf, direnme kararını temyiz edemez.⁵⁵⁰

Yargıtay, alt derece mahkemesinin vermiş olduğu hükmü usul ve kanuna uygun bulursa onar. Onama kararı verildiğinde, ilk derece mahkemesinin kararının onandığının belirtilmesi ile yetinilmeyecek, kararın hukuk kurallarına uygunluk gerekçesi de gösterilecektir (m.370/1).

Yargıtayca, alt derece mahkemesinin vermiş olduğu hükmün düzeltilerek onanması istisnai hallere özgü olarak düzenlenmiş bir kurumdur. Çünkü Yargıtay hukuka uygunluk denetimi yapmakta, yeniden yargılama yapmamaktadır.⁵⁵¹ HMK'nin 370. maddesinde tahdidi bir biçimde belirtilmek suretiyle, hangi hallerde düzeltilerek onama kararının verileceği hükme bağlanmıştır.

IV. Kanun Yararına Temyiz

HMK'nin 363. maddesinde düzenlenen kanun yararına temyiz kurumu, ilk derece mahkemelerinin ve Bölge Adliye Mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlarla kanun yolu incelemesinden geçirilmeksizin kesinleşmiş bulunan kararlara karşı gidilebilen bir yoldur. Kanun yolları arasında düzenlenmiş bulunan bu kurum, ne olağan ne de olağanüstü kanun yolları kategorilerine sokulabilmektedir.⁵⁵²

HMK'nin 363. maddesi uyarınca kanun yararına temyiz yoluna Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvurulabilmektedir.

⁵⁵⁰ **Pekcanitez/Atalay/zekes**, 631.

⁵⁵¹ **Pekcanitez/Atalay/zekes**, 632.

⁵⁵² **Pekcanitez/Atalay/zekes**, 635.

Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bu yola kendiliklerinden başvurabilecekleri gibi tarafların istekleri doğrultusunda da başvurabilirler.⁵⁵³

Kanun yararında temyiz talebi Yargıtay tarafında yerinde görülürse, kanun yararına bozma kararı verilir. Bu bozma kararı, daha önce verilmiş olan kararın hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmaz. Kanun yararına bozma kararının bir örneği Adalet Bakanlığına gönderilir ve Resmi Gazetede yayımlanır.

V. Yargılamanın İadesi

Yargılamanın yenilenmesi yolu, olağanüstü kanun yoludur. Kanunda belirtilmiş olan belli ağırlıktaki hata ve eksiklikler neticesinde verilmiş olan kararın kaldırılarak yargı güvencesinin sağlanmasına hizmet eden bir yoldur.⁵⁵⁴

Yargılamanın yenilenmesi yoluna kural olarak taraflar başvurabileceklerdir. Ancak bazı durumlarda üçüncü kişilerin de hükmün iptalini talep etme hakları vardır (m. 376/1).

Yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru süresi kural olarak üç ay ve her halükarda hükmün kesinleşmesinden itibaren 10 yıldır. Tüm nedenler için süreler aynı iken sürelerin başlangıç tarihleri, yenileme sebebine göre farklılık göstermektedir⁵⁵⁵ (m. 377).

Yargılamanın yenilenmesi sebepleri 375. maddede tahdidi bir biçimde sayılmıştır. Bu sebepleri şu şekilde sıralamamız mümkündür.

1) Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması durumunda bu

⁵⁵³ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 637

⁵⁵⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 637

⁵⁵⁵ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 645

mahkemenin verdiği karar yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Yargılamanın yenilenmesi talep süresi, kararın ilgilisine veya varsa vekiline tebliği ile başlamaktadır.

2) Davaya bakması yasak olan yahut hakkındaki ret talebi, merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermiş veya karara katılmış bulunması durumunda yargılamanın yenilenmesi talep edilebilecektir. Yargılamanın yenilenmesi talep süresi, kararın ilgilisine veya varsa vekiline tebliği ile başlamaktadır.

3) Vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması durumunda yargılamanın yenilenmesi talep edilebilecektir. Yargılamanın yenilenmesi talep süresi, kararın ilgilisine veya varsa vekiline tebliği ile başlamaktadır.

4) Yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması durumunda yargılamanın yenilenmesi talep edilebilecektir. Bu senet ya da belgenin hükmün verildiği sırada var olması gerekmektedir. Yargılamanın yenilenmesini isteyen taraf, hükmün verildiği sırada senet ya da belgeye ulaşamamasında kusurunun olmadığını ispatla mükelleftir.⁵⁵⁶ Yargılamanın yenilenmesi talep süresi, yeni belgenin elde edinildiği tarihten itibaren başlayacaktır.

5) Karara esas alınan senedin sahteliğine karar verilmiş veya senedin sahte olduğunun mahkeme veya resmî makam önünde ikrar edilmiş olması durumunda yargılamanın yenilenmesi talep edilebilecektir. Yargılamanın yenilenmesi talep süresi, ceza mahkûmiyetine ilişkin hükmün kesinleştiği tarihten itibaren başlayacaktır.

⁵⁵⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 639-640; Kuru/Arsıan/Yılmaz, 711.

6) İfadesi karara esas alınan tanığın, karardan sonra yalan tanıklık yaptığıının sabit olması durumunda yargılamanın yenilenmesi talep edilebilecektir. Bu tanığın yalan yere tanıklık yapmaktan mahkûm olması gerekmektedir.⁵⁵⁷ Yargılamanın yenilenmesi talep süresi, ceza mahkûmiyetine ilişkin hükmün kesinleştiği tarihten itibaren başlayacaktır.

7) Bilirkişi veya tercümanın, hükme esas alınan husus hakkında kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu sabit olması durumunda yargılamanın yenilenmesi talep edilebilecektir. Yargılamanın yenilenmesi talep süresi, ceza mahkûmiyetine ilişkin hükmün kesinleştiği tarihten itibaren başlayacaktır.

8) Lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması durumunda yargılamanın yenilenmesi talep edilebilecektir. 1941 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına göre yazılı belge ile ispatı gereken hususlarda hukuk mahkemelerinde yalan yere tanıklık ettiği ileri sürülen kişinin ceza mahkemelerindeki duruşmalara ceza hâkimleri yazılı delil arayıp ona göre hüküm kurmaları gerekmektedir.⁵⁵⁸ Yargılamanın yenilenmesi talep süresi, ceza mahkûmiyetine ilişkin hükmün kesinleştiği tarihten itibaren başlayacaktır.

9) Karara esas alınan bir hükmün, kesinleşmiş başka bir hükümle ortadan kalkmış olması durumunda yargılamanın yenilenmesi talep edilebilecektir. Yargılamanın yenilenmesi talep süresi, karara esas alınan ilamın bozularak kesin hüküm şeklinde tamamen ortadan kalktığından haberdar olduğu tarihten itibaren işlemeye başlar.

10) Lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta

⁵⁵⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 641; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 713.

⁵⁵⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, 642.

bulunmuş olması durumunda yargılamanın yenilenmesi talep edilebilecektir. Yargılamanın yenilenmesi talep süresi, hilenin farkına varıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar.

11) Bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci davada, öncekine aykırı bir hüküm verilmiş ve bu hükmün de kesinleşmiş olması durumunda yargılamanın yenilenmesi talep edilebilecektir. Yargılamanın yenilenmesi talebi kesin hükme rağmen ona aykırı ikinci bir kesin hükmün oluşması halinde ilama ilişkin zamanaşımı süresi dolana kadar yapılabilecektir.⁵⁵⁹

12) Kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması durumunda yargılamanın yenilenmesi talep edilebilecektir. Yargılamanın yenilenmesi talep süresi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

13) Bu neden 376. maddede düzenlenmiştir. Davanın taraflarından birisinin alacaklıları veya aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenler, borçluları veya yerine geçmiş oldukları kimselerin aralarında anlaşarak, kendilerine karşı hile yapmaları nedeniyle hükmün iptalini isteyebileceklerdir.

HMK'nin 378. maddesine göre, yargılamanın yenilenmesi talebi kararı vermiş olan mahkemeye yapılacaktır. Anılan maddenin 2. fıkrası uyarınca, yargılamanın yenilenmesini talep eden taraf karşı tarafın dava nedeniyle uğraması muhtemel zararlarının tazminini güvence altına alan bir teminatı göstermek

⁵⁵⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 644; Kuru/Arslan/Yılmaz, 715.

durumundadır. Yargılamanın yenilenmesi, kural olarak hükmün icrasını durdurmaz.⁵⁶⁰ HMK'nin 380. maddesinin birinci fıkrasına göre, yargılamanın yenilenmesi talebi yerinde görülecek olursa ya verilmiş olan karar onanacak ya da kısmen yahut tamamen değiştirilecektir. Ancak yargılamanın iadesi, vekil veya temsilci olmayanlar huzurunda görüldüğü gerekçesiyle talep edilmişse, hüküm başkaca inceleme yapılmaksızın iptal edilecektir.

⁵⁶⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, 646.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HİZMET TESPİTİNİN SONUÇLARI

§ 15. — HİZMET TESPİTİNİN SİGORTALI, İŞVEREN VE SOSYAL GÜVENLİK KURUMU YÖNÜNDEN SONUÇLARI

I. HİZMET TESPİTİNİN SİGORTALI YÖNÜNDEN SONUÇLARI

A. Genel olarak

Hizmet tespiti davasının kabul veya kısmen kabul şeklinde sonuçlanmış ve kesinleşmiş olması durumunda, mahkeme ilamında belirtilen gün sayıları ve aylık kazanç toplamaları davacının sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı bakımından dikkate alınır. Bu bakımdan mahkeme ilamının, davacının tespit edilen çalışma sürelerini ve aylık prime esas kazançlarını içermesi zorunludur.⁵⁶¹ Bu zorunluluk esas itibariyle Sosyal Güvenlik Kurumunun tesis edeceği hukuki işlemler bakımından önem taşır.

B. Sigortalılık Süresi Bakımından

Hizmet tespiti davasında sonucunda verilen hükümde davacının tespit edilen hizmet sürelerinin başlangıç ve bitiş tarihlerine yer verilir. Tespit edilen hizmet süresi davacının Kuruma tescil edildiği tarihten öncesine ilişkin ise, tescil tarihi diğer bir ifadeyle sigortalılık başlangıcı tespit edilen sürenin başlangıcına kadar geriye götürülür. Buna karşılık dava sonucunda tespit edilen süre davacını sigortalılığın tescili tarihinden sonrasına denk geliyorsa bu durumda davacının sigortalılık

⁵⁶¹ **Y10HD**, 26.10.1981, E. 1981/4952, K. 1981/5465, **Duman**, 117; **Çenberci**, 522.

süresinde bir değişiklik olmayacaktır.

Sigortalılık süresi bazı sigorta haklarından yararlanmada önem taşır. Örneğin, hak sahiplerinin ölüm aylığına hak kazanabilmesi için ölen sigortalının en az 5 yıldan beri sigortalı olması zorunludur. Hizmet tespiti davası sonucunda artan sigortalılık süresi neticesinde sigortalı veya hak sahipleri sigorta haklarından faydalanabilir.

C. Aylık Prime Esas Kazançlar Bakımından

Hizmet tespiti davası sonucunda Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından işverene tahakkuk ettirilecek prim miktarının hesaplanabilmesi için mahkeme ilamında tespit edilen hizmet süresi içerisinde davacının prime esas kazancına da yer verilmesi gerekir. Nitekim Yüksek Mahkemeye göre de, hizmet tespiti davası sonucunda verilen hükmün işverence verilmeyen aylık prim ve hizmet belgelerinde bulunması gereken bilgileri içermesi gerekir.⁵⁶² Mahkeme kararında prime esas kazançlar bakımından hüküm kurulmamış ise sonradan sigortalının talebi ile bu eksikliğin ek bir kararla tamamlanması da mümkündür.⁵⁶³ Hizmet tespiti davasında yapılan yargılama neticesinde işverence bildirilmeyen çalışma süreleri tespit edilen sigortalının mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamı dikkate alınacaktır (SSGSSK m. 86/9).

D. Prim Ödeme Gün Sayısı Bakımından

Kişi çalışmaya başlamakla birlikte sigortalı sıfatını kazanır. Ancak Kanunun sigortalılara sağladığı bazı haklardan faydalanabilmek için belirli bir süre sigortalı

⁵⁶² **Y10HD**, 26.10.1981, E. 1981/4952, K. 1981/5465, **Çenberci**, 522.

⁵⁶³ **Y10HD**, 15.11.1983, E. 1983/5170, K. 1983/5781, **Saraç**, 483.

adına prim ödenmiş olması zorunludur. Hizmet tespiti davası sonucunda verilen hüküm ile tespit edilen çalışmalara ilişkin olarak Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından işverene tahakkuk ettirilen primlerin ödenmesi ile sigortalının prim ödeme gün sayısında artış meydana gelecektir. 5510 sayılı Kanunun 86. maddesinin 9. fıkrasında da, “...mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamaları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır” ifadelerine yer verilerek bu hususa işaret edilmiştir.

II. HİZMET TESPİTİNİN İŞVEREN YÖNÜNDEN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Hizmet tespiti davasının davacı lehine sonuçlanmasının ardından, işveren, Kurum tarafından tahakkuk ettirilecek ödemek zorundadır. Bunun yanında mahkeme kararı davacının işverene ait işyerinde geçen çalışmaları tespit edilmiş olduğundan işyeri de Kurum tarafından resen tescil edilecektir. Ayrıca işverene idari para cezası da tahakkuk ettirilecektir.

B. Primlerin Ödenmesi

Hizmet tespiti davası sonucunda verilen kararın kesinleşmesinin ardından Kurum, tespit ilamı doğrultusunda, işverenden tespit edilen dönem ya da dönemlere ilişkin primleri, sigortalı ve işveren payı da dâhil olmak üzere, gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte tahakkuk ettirecektir. İşveren, ödediği primleri payı oranında sigortalıya rücu etme hakkına sahiptir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki işveren, sigortalının ücretinden sigortalıya ait prim payını kesmesine rağmen Kurum’a yatırmamış ise rücu hakkından söz edilemez.⁵⁶⁴

⁵⁶⁴ Güzel/Okur/Caniklioglu, 341.

Prim alacağı Kurum’a ait bir alacak olduğundan bu alacağın yasal yollarda takibi Kurum tarafından yerine getirilecektir.

C. İşyerinin Re’sen Tescili

Tespit davası sonucunda, sigortalının davalı işverene ait işyerinde çalıştığı mahkeme kararı ile sabit hale geldiğinden, işyeri bildirgesi verilmemiş bu işyerinin Kurum tarafından re’sen tescil edilmesi gerekir (SSİY m.32/1, c).

D. İdari Para Cezası Tahakkuku

Hizmet tespiti davasının işveren aleyhine sonuçlanmasının sonuçlarından birisi de işverene idari para cezası tahakkuk ettirilmesidir. İşveren, aylık prim ve hizmet belgesini yasal süre içerisinde vermediğinden, yazılı ihtarla gerek olmaksızın Kurum tarafından idari para cezası tahakkuk ettirilecektir.

III. HİZMET TESPİTİNİN SOSYAL GÜVENLİK KURUMU YÖNÜNDEN SONUÇLARI

Hizmet tespiti davasının, sigortalı lehine sonuçlanması ile birlikte, Kurum yönünden prim alacağı doğar ve primlerin Kurum tarafından tahsili gerekir. Bunun yanında, Kurum tarafından işyerinin resen tescil işlemleri yerine getirilir ve işverene idari para cezası tahakkuk ettirilir. Hizmet tespiti ile ayrıca Kurum yönünden, kısa veya uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan yardımları sigortalılara sağlama yükümlülüğü de doğmuş olur.

§ 16. — PRİMLER

I. Genel olarak

Prim, yasanın kendilerine karşı güvence sağladığı risklerden birinin gerçekleşmesi durumunda yapılacak sigorta yardımları ile Sosyal Güvenlik Kurumunun yönetim giderlerini karşılamak üzere, m. 4/I, (a) ve (c) bentlerine tabi olarak çalışan sigortalıların kazancının belli bir yüzdesi üzerinden; m. 4/I, (b) bendine göre sigortalı olanlar için ise prime esas alt ve üst kazanç sınırları arasından kendilerinin belirleyecekleri bir meblağ üzerinden alınan parayı ifade eder.⁵⁶⁵

Sosyal güvenliğin başlıca finansman kaynağını sigortalı ve işverenlerden alınan primler oluşturur. İşçi ve işverenin sosyal güvenliğin finansmanına katılma nedenleri ise farklıdır. İşçinin daha geniş bir ifadeyle sigortalının sosyal güvenliğin finansmanına katılmasının nedeni, kendisi ve hak sahiplerinin karşılaşacağı sosyal risklere sağlanan güvenceye karşı belli bir bedel ödenmesi gerektiği gerçeğine dayanır. İşverenin sosyal güvenliğin finansmanına katkıda bulunma nedeni ise sorumluluğu paylaşma düşüncesidir. Daha açık bir şekilde ifade edecek olursak, işverenler işçinin emek gücü sayesinde kar elde ettiklerine göre, çalıştırdıkları işçileri de sosyal risklere karşı korumalıdır.⁵⁶⁶ Bu nedenle iş kazası ve meslek hastalığı priminin tamamı işverence karşılanır (SSGSSK m. 81).

Sosyal güvenlik sistemi sigortalı ve işverenlerden alınan primler ile finanse edilir. Bu nedenle prim oranlarının tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır. Zira prim oranlarının yüksek olması kayıt dışılığı artıracak, düşük olması ise sosyal risklere karşı getirilen güvencenin karşılanamaması sonucunu doğurabilecektir. Bu

⁵⁶⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 268.

⁵⁶⁶ Tuncay/Ekmekçi, 142.

nedenle sosyal güvenliğin finansmanına Devletin de katkıda bulunduğu görölür.⁵⁶⁷ Devletin katkısı, Anayasanın sosyal güvenliği sağlama ödevini devlete yüklemiş olması olgusuna dayanır (AY m.60).

Bu başlık altında ölkemizde geçerli olan finansman yöntemine de değinmek gerekir. Bilindiği üzere dünyada geçerli olan iki tane finansman yöntemi bulunmaktadır. Bunlardan ilki kapitalizasyon (=biriktirme) yöntemidir. Kapitalizasyon yöntemi de kendi içinde bireysel ve toplu kapitalizasyon olarak ikiye ayrılmaktadır. Bireysel kapitalizasyon yönteminde, her sigortalı adına ödenen primler, sigortalının kurumdaki hesabında biriktirilir. Biriken bu paralar ileride kişıye yapılacak olan ödemelerin karşılığını oluşturur. Toplu kapitalizasyon yönteminde ise sigortalı adına ödenen primler ortak bir fonda toplanır ve sigortalıya ve hak sahiplerine ileride yapılacak olan ödemelerin karşılığını oluşturur. Sosyal güvenliğin finansmanında kullanılan ikinci yöntem ise dağıtım (=pay as you go) yöntemidir. Bu yöntemde, belirli bir yılın gelirleri, o yılın giderlerine ayrılmaktadır. Diğer bir ifadeyle aktif sigortalıların ödedikleri primler, pasif sigortalılara yapılacak olan yardımların karşılığını oluşturur. Bu yöntem gelir ve giderler arasında kurulacak olan bir dengeye dayanır. Türkiye’de geçerli olan yöntemin karma yöntem olduğu söylenebilir. Zira hukukumuzda iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasında kısa süreli ödeme ve hizmet şeklindeki yardımlar ile hastalık ve analık ile genel sağlık sigortasında dağıtım yöntemi, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasında uzun

⁵⁶⁷ **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 77; **Tuncay/Ekmekçi**, 142. Yeni Zelanda, Norveç, Danimarka ve Hollanda gibi bazı ölkelerde vergiler de sosyal güvenliğin finansmanını oluşturmaktadır. Bu konuda bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, 79.

sürelî ödemeler ile malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarında ise kapitalizasyon yöntemi benimsenmiştir.⁵⁶⁸

II. Primlerin Sosyal Güvenlik Kurumu Tarafından Tahsili

İş sözleşmesi ile çalışanlar açısından prim ödeme yükümlüsü bu kişileri çalıştıran işverenlerdir (SSGSSK m. 87). Buna göre, işveren sigortalıya düşen prim tutarını ücretinden keser ve kendisine düşen prim tutarını da ekleyerek Kuruma öder.

Hizmet tespiti davasının kabulü sonucunda verilen hüküm ile tespit edilen sigortalı hizmetlerin primlerini tahsil etme yükümlülüğü Sosyal Güvenlik Kurumuna aittir. Hizmet tespitine ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi ile birlikte Kurum, bildirilmeyen çalışmaların geçtiği döneme ilişkin primleri sigortalı ve işveren payı da dâhil olmak üzere gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte işverenden talep eder. Prim alacaklarının tahsili için en geç bir yıl içinde icra yoluna başvurmayan Kurum yetkili personeli hakkında, genel hükümlere göre Kurum tarafından genel hükümlere göre kovuşturma yapılır (SSGSSK m. 87/21). Kurumun bu yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle sigortalının zarara uğramış olması durumunda BK m. 41 kapsamında Kurum'da uğradığı zararın tazminini talep edebilir.⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ **Uşan**, 132. Ülkemizde kapitalizasyon yöntemine gerek olmadığı yönündeki görüş için bkz. **Tunçomağ**, 91. Ülkemizde tüm sigorta dallarında dağıtım yöntemine geçildiği yönündeki görüş için bkz. **Tuncay/Ekmekçi**, 144.

⁵⁶⁹ **Saraç**, 485.

III. Primlerin Tahsil Edilmemiş veya Edilememiş Olması

Prim ödeme yükümlüsü tarafından prim ödenmemesi yahut Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından primlerin tahsil edilmemiş olması sigortalıyı bağlamaz. Çünkü Kanun primleri ödeme yükümlülüğünü işverene, primleri tahsil etme yetkisini de Sosyal Güvenlik Kurumuna vermiştir. Yüksek Mahkeme 2006 tarihli bir kararında, *“...mahkeme kararı ile tespit edilen günlere ilişkin primleri ödeme yükümünün işverene, tahsil yükümünün kuruma ait olması nedeniyle, tespiti konu hizmetlere ilişkin prim borcunun ödenip ödenmediğine bakılmaksızın hizmet tespiti kararıyla kazanılan gün sayısının; hizmet tespitinin kesinleşmesinden sonra Kurum yönünden bağlayıcılık kazanması...”* gerektiğini hükme bağlamıştır.⁵⁷⁰

IV. Prim Alacaklarında Zamanaşımı

Primlerin Sosyal Güvenlik Kurumunca tahsili başlığı altında incelenmesi gereken bir diğer konu ise zamanaşımıdır. Primlerin Kurumca tahsil edilebilmesi için kural olarak zamanaşımına uğramamış olması zorunludur. 506 sayılı Kanun döneminde 80. maddenin primlerin tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanuna yaptığı atıf nedeniyle zamanaşımının da bu Kanuna göre belirleneceği kabul edilmekteydi.⁵⁷¹ 6183 sayılı Kanunun 102. maddesine göre, kamu alacağı, vadesinin rastladığı yılı takip eden takvim yılı başından itibaren 5 yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrar. Bu nedenle prim alacaklarında da 5 yıllık zamanaşımının uygulanacağı ve Kurumun prim alacağının vadesinin ilişkin

⁵⁷⁰ **Y10HD**, 20.03.2006, E. 2006/12426, K. 2006/2934, ÇTD, S: 12, 335; **Güzel/Okur/Caniklioglu**, 338, dn. 191.

⁵⁷¹ **Duman**, 122.

olduğu yılı takip eden yılın başından itibaren 5 yılın sonuna kadar tahsil edilmemesi durumunda zamanaşımına uğraması söz konusuydu. Yargıtay, Kurum alacağının muaccel olduğu tarihte yürürlükte olan zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini, daha sonra meydana gelen değişikliklerin zamanaşımı süresini değiştirmeyeceğini karara bağlamıştır.⁵⁷²

5510 sayılı Kanunun 93. maddesinin 2. fıkrasında zamanaşımına ilişkin hükme yer verilmiş ve Kurumun prim ve diğer alacaklarının ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak on yıllık zamanaşımına tabi olduğu belirtilmiştir. 5510 sayılı Kanun zamanaşımının başlangıcı konusunda Borçlar Kanunundaki düzenlemeden ayrılmaktadır.⁵⁷³

Kanunun 93. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde ise, “*Kurumun prim ve diğer alacakları; mahkeme kararı sonucunda doğmuş ise mahkeme kararının kesinleşme tarihinden, Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca yapılan tespitlerden doğmuş ise rapor tarihinden, kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden doğmuş ise bu soruşturma, denetim ve inceleme sonuçlarının Kuruma intikal ettiği tarihten veya bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulmuş kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden doğmuş ise bilgi ve belgenin Kuruma intikal ettiği tarihten itibaren, zamanaşımı on yıl olarak uygulanır*” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, hizmet tespiti davaları bakımından zamanaşımı süresini değerlendirecek olursak; 10 yıllık zamanaşımı süresi davanın kesinleşme

⁵⁷² **Y10HD**, 22.05.2009, E. 2009/5016, K. 2009/9093, **Y10HD**, 19.01.2009, E. 2008/13934, K. 2009/52. **Tuncay/Ekmekçi**, 195, dn. 106.

⁵⁷³ **Tuncay/Ekmekçi**, 195.

tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Şunu da belirtmek gerekir ki, zamanaşımının başlangıcına ilişkin 5510 sayılı Kanun hükmü, bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra doğmuş olan Kurum alacaklarına yöneliktir. 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce doğmuş olan prim alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresi 506 sayılı mülga Kanun hükümleri esas alınarak belirlenir. Buna göre, 506 sayılı Kanunu değiştiren 3917 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 08.12.1993 tarihinden önceki dönemde ve 5198 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 06.07.2004 tarihinden sonraki dönemde doğmuş Kurum alacakları 10 yıllık, bu tarihler arasındaki dönemde doğmuş Kurum alacakları ise 5 yıllık zamanaşımına tabidir.⁵⁷⁴ Ancak bu zamanaşımı sürelerinin başlangıç tarihleri farklıdır. 10 yıllık zamanaşımı sürelerinin başlangıç tarihi genel hükümlere göre belirlenir ve muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar. 5 yıllık zamanaşımı süresi ise, alacağın vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden yılın başından itibaren işlemeye başlayacaktır.

Hizmet tespiti davası sonucunda tespit edilen çalışma dönemlerine ilişkin prim alacaklarının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı yukarıda belirttiğimiz dönemler dikkate alınarak belirlenmelidir. Örneğin, hizmet tespiti davasında verilen hüküm ile davacı sigortalının 27.09.1992-19.07.2007 tarihleri arasında kesintisiz çalıştığı tespit edilmiş ise Kurumun prim alacağı açısından zamanaşımı süresi şu şekilde belirlenmelidir: 27.09.1992-08.12.1993 dönemine ilişkin primler bakımından muacceliyet tarihinden itibaren 5 yıl, 08.12.1993-05.07.2004 dönemine ilişkin primler bakımından alacağın vadesinin rastladığı takvim yılını takip eden yılın başından itibaren 10 yıl, 05.07.2004-19.07.2007 dönemine ilişkin primler

⁵⁷⁴ **Odaman**, Zamanaşımı, 141-144; **Tuncay/Ekmekçi**, 195, dn. 106.

bakımından ise muacceliyet tarihinden itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresinin dikkate alınması gerekir.

Şunu da belirtmek gerekir ki zamanaşımına uğramış olan borç eksik borçtur. Bu nedenle prim ödeme yükümlüsü işveren tarafından zamanaşımı def'i ileri sürülmüş ise Kurum tarafından tahsil edilmesi mümkün değildir. Zamanaşımına uğramış olan Kurum alacaklarının işverence ödenmiş olması durumunda bu ödemeler Kurumca kabul edilir (SSGSSK m. 93/4).

§ 17. — SONUÇ

İşverenlerin, çalıştırdıkları sigortalıları Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirme ve prim ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması, hem kayıt dışı istihdama hem de iş gücü piyasasında haksız rekabete neden olmaktadır.

Hizmetleri işverence bildirilmeyen sigortalılar hizmet tespiti davası açarak geçmiş hizmetlerinin tespitini talep etme hakkına sahiptirler. Bu hak sigortalının ölümü halinde hukuki yararlarının bulunması şartıyla hak sahiplerine de tanınmıştır.

Kişinin hizmetlerinin yargı kararıyla tespit edilmesini talep edebilmesi için, tespitini talep ettiği dönemde sigortalı olması, çalışmalarının işverence Kurma bildirilmemiş, Kurum tarafından da tespit edilememiş olması ve yetkili iş mahkemesinde dava açmış olması gerekir.

Kanunda dava açma süresi beş yıl ile sınırlamış olması eleştiriye açıktır. Bu hükmün Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek iptali talep edilmiş; Anayasa Mahkemesi işin esasına girerek yaptığı incelemede iptal istemini reddetmiştir. Temel hak ve özgürlüklere Kanun ile sınırlandırma getirilebileceği Anayasa hükmü gereğidir. Ancak bu sınırlamanın ölçülü olması da zorunludur. Kanımca dava açma süresine ilişkin bu sınırlandırma ölçülü değildir ve en azında on yıla çıkarılması uygun olacaktır.

Sosyal güvenlik hakkının feragat edilemez ve devredilemez bir insan hakkı olduğu göz önüne alındığında beş yıllık dava açma süresinin zamanaşımı süresi olduğunun kabulü uygun olacaktır. Ancak Yargıtay tarafından istikrarlı bir biçimde dava açma süresinin hak düşümü süresi olduğu kabul edilmekte fakat bazı durumlarda hak düşümü süresi ile bağdaşmayan sonuçlara vardığı görülmektedir.

Hizmet tespiti davaları Anayasal sosyal güvenlik hakkının sağlanmasında önemli bir yere sahiptir. Bu yönüyle bu davalar kamu düzenine ilişkindir. Kamu düzenini ilgilendiren davalarda hâkim taraflarca sunulan delillerle bağlı olmayıp çalışma olgusunun hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek ölçüde ispatlanması için gerekli olan her türlü araştırmayı yapmakla yükümlüdür.

Hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle bu davalarda davacının davsından feragat emesi, davalıların davayı kabul etmesi ve dava konusu üzerinde sulh olmaları mümkün değildir. Bu nedenle HMK'nin 137. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen sulhe davet kurumunun hizmet tespiti davalarında uygulanması mümkün değildir.

Hizmet tespiti davasında davacı işverence bildirilmeyen hizmetlerinin tespitini talep ettiğine göre bu dava olumlu tespit davasıdır.

Yasal bir zorunluluk bulunmamasına rağmen Yargıtay davanın işverenle birlikte Sosyal Güvenlik Kurumuna da yöneltilmesi gerektiğini karara bağlamaktadır. Yüksek Mahkeme işveren veya işverenler ile Kurum arasındaki ilişkiyi mecburi dava arkadaşlığı olarak nitelendirmektedir. Ancak mecburi dava arkadaşlığından söz edilebilmesi için yasal bir hüküm bulunması zorunludur. Bu bakımdan 5510 sayılı Kanunun 86. maddesinin 9. fıkrasında bu yönde bir yasal değişiklik yapılması uygun olacaktır.

Hizmet tespiti davasında ispat yükü davacıdadır. Davacı iddiasını her türlü delille ispatlama imkanına sahiptir. Ancak davanın kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle yemin deliline başvurulması mümkün değildir. Davacının işveren veya işverenler aleyhine açtığı işçilik alacaklarının tahsiline ilişkin davada verilen hüküm hizmet tespiti davasında güçlü delil niteliğindedir.

Hizmet tespiti davasının davacı lehine sonuçlanması durumunda tespit edilen dönem davacının tescil tarihinden öncesine rastlıyorsa davacının prim ödeme gün sayısının yanında sigortalılık süresinde de artış meydana gelecektir. Mahkeme kararı ile tespit edilen hizmet süreleri davacının sigortalılık hakları bakımından dikkate alınacaktır. Bunun yanında davanın sigortalı lehine sonuçlanması durumunda hizmetin geçtiği işyeri resen tescil edilecek, Kurum tarafından işverene prim, gecikme cezası ve gecikme zammı tahakkuk ettirilecek, bunun yanında idari para cezası da kesilecektir.

KAYNAKÇA*

AKTAY, Nizametin/ARICI, Kadir/KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay: İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 4. Bası, Eylül 2011.

AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Kamu-İş, Ankara 1995.

ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, Kamil/YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, Alkım Yay. 4. Bası, İstanbul 2004.

ARAP, Erdal: Hüküm Verilmeksizin Davanın Sona Ermesi Halleri ve Söz Konusu Hallerin Hizmet Tespiti Davaları Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. III, 2485-2509. Beta Yay., İstanbul 2011.

ARAS, Celal/ARSLAN, Leyla/CESUR, Nilgün: Hukuk Usulünde Davanın Açılmamış Sayılmasına Karar Verilecek Haller, Adalet Dergisi, Yıl:76, 1985 Mart-Nisan, Sayı:2. (I).

ARAS, Celal/ARSLAN, Leyla/CESUR, Nilgün: Hukuk Usulünde Davanın Açılmamış Sayılmasına Karar Verilecek Haller, Adalet Dergisi, Yıl:76, 1985 Mayıs-Haziran, Sayı:3. (II).

ARSLANOĞLU, Mehmet Anıl: İş Hukukunda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, Legal Yay., İstanbul 2005.

* Birden fazla yayınına yollama yapılan yazarlarda parantez içindeki kısaltmalar kullanılmıştır

ARIK, Kemal Fikret: Mahkeme Önünde Sulh, AÜSBFD, Cilt IX, Sayı 1.

ALDEMİR, Hüsnü: Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri, Seçkin Yay. 2001.

ASLANKÖYLÜ, Resul: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (SSK İle Karşılaştırmalı), Yetkin Yay., Ankara 2009.

AYDINLI, İbrahim: Görünürdeki İşlemler Bakımından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Seçkin Yay., Ankara 2008.

AYGÜN, Mustafa: Davanın Açılmamış Sayılması, Yargıtay Dergisi, Cilt:5, Ekim 1979, Sayı:4.

AYKAÇ, Hande Bahar: İş Hukukunda Alt İşveren, Beta Yay., İstanbul 2011.

BALCI, Mesut: 506, 1479, 2926 ve 5510 Sayılı Kanunlara Göre İsteğe Bağlı Sigortalılık, Borçlanma, Hizmetlerin Birleştirilmesi, Yetkin Yay. Ankara 2010.

BAŞTERZİ, Fatma: İş Yargısı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1999.
(İş yargısı)

BAŞTERZİ, Süleyman: Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, 72 Tasarım, Şubat 2007. (Kesinti)

BAŞTERZİ, Süleyman: Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, Sayı 17, 175-198. (Bağımlılık)

BERKİ, Ali Himmet: İkrar ve Kabul, Mukayeseli Hukuk Dergisi, 4. Yıl, Ocak-Şubat 1959, Sayı 1.

BİLGİLİ, Abbas: Hizmet Tespiti Davaları, Karahan Kitabevi, Adana 2011.

BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978.

BOSTANCI, Yalçın: Sosyal Güvenlik Hukukunda İsteğe Bağlı Sigortalılık, Kazancı Yay., Ekim 2004.

BOZER, Ali: Türk Hukukunda Sosyal Sigortalara Genel Bir Bakış, Anakara Hukuk Fakültesi Yay., Anakara 1963.

BOZKURT, Argun: İş Yargılaması Usul Hukuku, Seçkin Yay., 2. Baskı, 2003.

BULUT, Mehmet: Hizmet Sözleşmesiyle Çalışanlar ve İşverenler İçin Hizmet Tespit Davaları, Bilge Yayınevi, Ankara 2011.

CANBOLAT, Talat: Türk İş Hukukunda Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkileri, Kazancı Yay., İstanbul 1992.

CANIKLIOĞLU, Nurşen: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (2007), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi), Beta Basım, İstanbul 2009.

CENTEL, Tankut: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (1984), Basisen Eğitim ve Kültür Yay., İstanbul 1986. (1984 Kararları)

CENTEL, Tankut: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (1990), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, MESS Yayını, İstanbul 1992. (1990 Kararları)

CENTEL, Tankut: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (1996), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, MESS Yayını, İstanbul 1998. (1996 Kararları)

ÇAKMAK, İhsan: Hizmet Tespiti Davaları, Adalet Yay. Ankara 2005.

ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yay., 2. Baskı, Ankara 2009.

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 22. Bası, Beta Yay., İstanbul 2009.

ÇENBERCİ, Mustafa: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara 1985.

ÇENBERCİ, Mustafa: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara 1977. (Şerh)

ÇOLAK, Mahmut/ÖZTÜRK, Ercüment: Hizmet Akdine İstinaden Çalışan Sigortalılarda Hizmet Tespit Yöntemleri ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006.

DİNÇ, Mutlu: Hukuk Muhakemeleri Kanunu/Karşılaştırmalı–Gerekçeli, Seçkin Yay., Ankara 2011.

DURAN, Abdurrahman: 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 79/10 Maddesi Gereğince Açılan Hizmet Tespiti Davalarının Yasa Hükümleri ve Yargı Uygulamaları Yönünden İncelenmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2007.

DUMAN, Barış: 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Hizmetlerin Tespiti, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

EKMEKÇİ, Ömer: Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (2003), İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2005. (2003 Kararları)

EKONOMİ, Münir: Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Legal Vefa Toplantıları, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Yay., İstanbul 2008. (Üçlü İlişkiler)

EKONOMİ, Münir: Ferdi İş Hukuku, Cilt I, Teknik Üniversite Matbaası, 3. Bası, İstanbul 1984. (İş Hukuku)

ERMENEK, İbrahim: Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul (Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller), Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

ESENER, Turan: İş Hukuku, 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.

EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Legal Yay., 4. Bası, İstanbul 2010.

GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yay., Ankara 2000. (İş)

GÜNAY, Cevdet İlhan: Sendikalar Kanunu Şerhi, Yetkin Yay., Ankara 1999. (Sendika)

GÜZEL, Ali: Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 83-126. (Bağımlılık)

GÜZEL, Ali: Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1997, 15-46. (Ölçüt arayışı)

GÜZEL, Ali: Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (1985), İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Basisen İstanbul 1989. (1985 Kararları)

GÜZEL, Ali: Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (1987), İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 1989. (1987 Kararları)

GÜZEL, Ali: Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (1999), İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, MESS Yay. İstanbul 2001. (1999 Kararları)

GÜZEL, Ali: Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (2008), İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Türk-İş, Ankara 2010. (2008 Kararları)

GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Bası, Beta Yay. İstanbul 2012.

HANAĞASI, Emel: Davada Menfaat, Yetkin Yay. Ankara 2009.

KAÇAK, Nazif: Hukuk Davalarında İspat Rehberi, Seçkin Yay., Ankara 2006.

KARAGÖZOĞLU, Fevzi: Danıştay Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Kabul, Fon Matbaası, Ankara 1975.

KILINÇ, Ayşe: İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, TBB Dergisi, S. 86, 2009.

KİRAZ, Taylan Özgür: Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Bilge Yay., Ankara 2005.

KURU, Baki: Tespit Davaları, AÜHF Yayınları, No:186, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1963. (Tespit)

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1995. (El Kitabı)

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: I, Altıncı Baskı, Demir Demir, İstanbul 2001.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: II, Altıncı Baskı, Demir Demir, İstanbul 2001.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: III, Altıncı Baskı, Demir Demir, İstanbul 2001.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: IV, Altıncı Baskı, Demir Demir, İstanbul 2001.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: V, Altıncı Baskı, Demir Demir, İstanbul 2001.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: VI, Altıncı Baskı, Demir Demir, İstanbul 2001.

KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem: Tespit Davaları, XII Levha Yay., İstanbul 2010.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yay., 22. Bası, Ankara 2011.

KONURALP, Haluk: Medeni Usul Hukuku, (Editör: Ufuk Aydın), Anadolu Üniversitesi Yay. Eskişehir 2006.

KONURALP, Haluk: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay. No: 536, Ankara 1999.
(İspat)

KORKUSUZ, Refik/UĞUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Ekin Yay., 2010.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 3. Baskı, Ankara 2008.

NARMANLIOĞLU, Ünal: Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar, Legal Vefa Toplantıları, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Yay., İstanbul 2008.

ODAMAN, Serkan: Sigorta Prim Alacaklarında Zamanaşımı, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 20, Aralık 2010. (Zamanaşımı)

ODAMAN, Serkan: Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, Legal Yay., İstanbul 2007. (Ödünç)

OKUR, Ali Rıza: Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (2001), İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Kamu-İş Yayınları, Ankara 2003. (2001 Kararları)

ÖNEN, Ergun: Medeni Yagılama Hukukunda Sulh, AÜHF Yayınları No:299, Ankara 1972. (Sulh)

ÖNEN, Ergun: Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez, Ankara Barosu Dergisi, 1976/1 (Kesin Hüküm)

ÖZBAY, İbrahim: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İstinaftan Sonraki Temyiz Sistemimizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar, İÜHFM C. LXIX, S. 1-2, s. 411-438, 2011.

ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespit ve İşçilik Haklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması, Legal İHSGHD, 2004/4, 1382-1396.

ÖZEN, Mustafa: Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa. 1, 389-417.

ÖZDEMİR, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, Beta Yay., İstanbul 2006.

ÖZKARACA, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta Yay., İstanbul 2008.

ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 36. bası, Mart 2012.

ÖZTÜRK, Özgür: Sigortalı Hizmetin Tespiti, Çimento İşveren Dergisi, 1998/1.
(Tespit)

ÖZTÜRK, Meltem: Hizmet Tespiti Davalarında Kurumun Dava Ehliyeti Üzerine
Düşünceler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 27/2010.
(Kurum)

POSTACIOĞLU, İlhan E. : Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.

POSTACIOĞLU, İlhan: İş Mahkemelerinin Yetkisi, İş ve Hukuk Dergisi, 1969, S.
5, s. 476 vd. (Yetki)

PEKCANITEZ, Hakan: Medeni Usul Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2000.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul
Hukuku, Yetkin Yay., 7. Bası, Ankara 2008.

SARAÇ, Coşkun: Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti, İş Hukuku ve Sosyal
Güvenlik Hukuku Derneği, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara
2010.

SARISÖZEN, İsmet: İş Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü Konusunda
Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Prof. Dr. Akif Erginay'a 65inci Yaş
Armağanı, AÜHF Yay. No: 460, Ankara 1981.

SAYMEN, Ferit: Türk İş Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954.

SAYMEN, Ferit H./EKONOMİ, Münir: Sosyal Sigortalar Tatbikatı, İstanbul 1966.

SÜZEK, Sarper: Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2009. (Bireysel)

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Beta Yay. Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul 2012.

SONER, Lütfü Fikri: Feragat, Kabul ve Sulhe Dair Bazı Sorunlar, Ankara Barosu Dergisi, 1977/3.

SÖZER, Ali Nazım: Sosyal Sigorta İlişkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., İzmir 1991. (Sigorta İlişkisi)

SÖZER, Ali Nazım: İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Beta Yay., 1. Baskı, İstanbul 2013. (Sosyal Sigortalar)

SÖZER, Ali Nazım: Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (1991), İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, MESS Yayınları, İstanbul 1993. (1991 Kararları)

SUR, Melda: Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (1999), İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, MESS Yay., İstanbul 2001. (1999 Kararları)

ŞAHLANAN, Fevzi: İş Yargılaması, İÜHFM, C. XLII, Y: 1977, S. 1-4. 377-421.

ŞAKAR, Müjdat: Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (1988), İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, MESS Yayınları, İstanbul 1990. (1988 Kararları)

ŞAKAR, Müjdat: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi (1993), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, MESS Yayını, İstanbul 1995. (1993 Kararları)

ŞAKAR, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, Beta Yay., İstanbul 2009. (Sosyal Güvenlik)

ŞEN, Murat: Hizmet Tespiti Davalarında Asıl İşverenin Taraf Sıfatı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2012. (Asıl İşveren)

ŞEN, Murat: İş Mahkemelerinde Yetki ve Yetki Sözleşmeleri, AÜEHFD, C, VIII, S.1-2, 2004. (Yetki)

TANRIVER, Süha: Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller, AÜHFD, 1995/44, 1-4.

TUNCAY, A. Can: Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1979-1983, Basisen Eğitim ve Kültür Yay., İstanbul 1985. (1979-1983 Kararları)

TUNCAY, A. Can: Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (1992), MESS Yay., İstanbul 1994. (1992 Kararları)

TUNCAY, A. Can: Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (2000), Türk Milli Komitesi, 2002. (2000 Kararları)

TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yay. 15. Bası, İstanbul 2012.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, Beşinci Bası, Beta Yay., İstanbul 1990.

ULUSAN, İlhan: Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 5, Sayı 7, 1971.

ULUKAPI, Ömer: Medeni Usul Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları, Yargıtay Dergisi, 1995/4. (Derdestlik)

ULUKAPI, Ömer: Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Mimoza Yay. 1997. (Duruşmaya Gelmemesi)

UMAR, Bilge/YILMAZ, Ejder: İsbat Yüğü, 2. Bası, Kazancı Hukuk Yay., 1980.

UŞAN, M. Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Seçkin Yay.
2009.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 6. Bası, İstanbul 1997.

YILMAZ, Zekeriya: Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması,
Seçkin Yay., 2001. (Açılmamış Sayılma)

YILMAZ, Mehmet: Mahkemelerin Kamu Düzenine İlişkin Yetkisi, Adalet
Yayınevi, Ankara 2007. (Kamu Düzeni)

YAVUZ, Nihat: Hukuk Davalarında Feragat ve Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin En
Son Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler, Ankara Barosu Dergisi, 1977/6.

ÖZET

Anayasal, feragat edilemez ve devredilemez sosyal güvenlik hakkının sağlanmasında hizmet tespiti davaları önemli bir yere sahiptir. Bu davaların açılma hakkı 5 yıllık süre ile sınırlandırılmıştır. Hizmet tespiti davaları kamu düzenini ilgilendirir. Bu nedenle davaya bakmakla görevli hâkim tarafların sunduğu deliller ile bağlı olmayıp resen her türlü araştırmayı yapmak zorundadır. Bu çalışmada sigortalı hizmetlerin yargı kararıyla tespitinin şartlarına ve yargılama usulüne yer verilmiş, konu doktrin ve Yargıtay kararları ışığında tartışılmıştır.

SUMMARY

An action for fixing period of service has an important ground for ensuring constitutional, unassignable, and no waiver of social security rights. For taking action in these kind of situation has been limited for five years. Actions for fixing period of service has concerned public order. Because of this appointed judge for these cases has to do, ipso facto all the research not to depend on the proofs provided by the parties. In this thesis determination of the conditions by adjudication and proceeding has been included, subject has been discussed in consideration of doctrines, and supreme court's decisions.