

**HİZMET AKTIYLA ÇALIŞANLARIN SOSYAL SİĞORTALAR
KURUMUNA BİLDİRİLMİYEN SÜRELERİNE İLİŞKİN TESPİT
DAVALARI ve YARGILAMA SÜRECİ**

Coşkun ERBAŞ
Yargıtay 10.Hukuk Daire Üyesi

I- GENEL OLARAK

506 Sayılı Yasa'nın 2 ve 6. Maddesinde, hizmet akdine dayanarak çalıştırılanların işe alınmakla kendiliğinden sigortalı sayılacağı öngörülmekle, çalışanların sigortalılık niteliğini kazanması için herhangi bir işleme gerek yoksa da, bu gibilerin anılan yasanın 3.maddesinde sayılan istisnalar kapsamında bulunmamış olmaları gerekir.Ancak belirtelim ki bazı sigorta kollarına özgü yardımlardan yararlanma hakları ise belirli süreyle prim ödeme gün sayısının mevcudiyetine bağlı tutulmuştur. (yaşlılık, malüllük ve hastalık sigortaları gibi) işte bu bağlamda bildirimsiz çalışmaların kayıt altına alınması gündeme gelmektedir. Zira işverenlerin gerek prim ödeme külfetinden kurtulmak, gerekse gelir vergisi ödemek yükümünden kaçınmak vesair düşüncelerle çalışanların birtakım hizmetlerini sosyal sigortalar kurumuna bildirilmedikleri, böylece kayıt dışı (bildirimsiz-kaçak) işçi çalıştırılma yolunu seçtikleri görülmekte olup, bu durum çalışanların birtakım sosyal güvenlik haklarından yoksun kalmasına sebep olmaktadır. İşte bu olumsuzluğun önüne geçilmesi amacıyla 506 sayılı kanununun 79/10. maddesinde, yasa koyucu bildirimsiz çalıştırılan sigortalıların çalıştıkları dönemde kuruma bildirimlerinin yapıldığı zannıyla yahut da bildirimsizlikten haberdar oldukları halde, işten atılmak korkusuyla, kuruma ihbarda bulunamadıkları gerçeğinden hareketle (hak düşürücü süre içinde açılmış olmak koşuluyla) hizmet tespiti, davalarına olanak tanımıştır. Bu şekilde izlenecek yol, hizmet aktiyle gerçekleşen eylemli çalışmalarının sosyal güvenlik açısından değerlendirilebilmesi için, işverence yapılması gereken bildirimlerin yön-temince yapılmamış olması nedeniyle, kayıt dışı çalışanların geriye dönük olarak, iş bu çalışmalarının sosyal güvenlik anlamında hak kazanımına esas olacak biçimde belirlenmesi amacıyla, baş vurdukları hukuksal bir yoldur. Bilindiği gibi, işsizlik oranı yüksek olan ülkemizde, çalışanların daha düşük ücretle ve sosyal haklardan da feragatle çalışmaya razı oldukları, bilinen bir gerçektir. Bu durumda hizmet sözleş-

mesinin tarafları arasında objektif şekilde pazarlık koşullarının oluştuğundan ve gerçek anlamda özgür iradelerin bulunduğu bir sözleşmeden söz etme olanağı yoktur. Şu hale göre, kayıt dışı çalıştırılanların işverene tabi olarak çalıştığı dönem içinde, ekonomik bağımlılık ve işini yitirme korkusu nedeniyle, muzayaka halinde bulduklarının ve bu konuda hak arama yollarını kullanmaktan çekineceklerinin kabulü yanlış olmaz. İşte bu gerçekten hareketle, işçiler için, iş ilişkisinin son bulmasıyla birlikte, sosyal güvenlik kaygılarının ağır bastığı ileriki dönemlerde, kayda girmeyen hizmetlerinin yargı kararıyla belirlenmesi, özellikle de ileride edinilmesi düşünülen emeklilik hakkının elde edilmesine matuf olarak hizmet tespiti davalarının önemi küçümsenemez.

Ancak, hemen belirtelim ki, uygulamada gerçekte kayıt dışı çalışması olmayanların da, kendilerine yaşlılık, malüliyet ve ölüm aylığı bağlanabilmesi için yetersiz bulunan, diğer bir anlatımla, eksik kalan süreleri varsa, bu süreleri tamamlamak amacıyla tespit davası açtıkları sıklıkla görüldüğünden, bu tür davalarda gerçeğe ulaşmak için özel bir duyarlılık göstermek, özellikle hakkın kötüye kullanılmasına engel olunması için, bu konuda ki yasal düzenlemenin özümsemesi ve ispat hukuku açısından özgün yöntemler geliştirilmesine ihtiyaç vardır. Gerçekten de (ilerde örneklerle değinileceği üzere) Yargıtayımızın bu konularda doyurucu sayılabilecek içtihatlar üretmiş olduğunu görmekteyiz.

II- YASAL DAYANAK

Hizmet tespiti davalarının hukukumuzdaki yasal dayanağını 506 sayılı Yasa'nın 4447 sayılı Yasa ile değişik 79. Maddesinin 10. Fıkrası oluşturmaktadır. Ancak burada anılan maddenin içeriğini biçimlendiren diğer bazı yasa maddelerine de değinmek konuya açıklık ve derinlik getirecektir.

506 Sayılı Sosyal Sigortalar Yasasının 2.maddesinde,

"Bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu kanuna göre sigortalı sayılırlar.

10.7.1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkındaki Kanuna göre çalıştırılan koruma bekçileri bu kanuna tabidir.

Bu kanunda belirtilen sosyal sigorta yardımlarından sigortalılar ile bunların eş ve çocukları ve sigortalıların ölümlerinde bu kanuna göre hak sahibi olan kimseleri yararlanır." Denilmekte, aynı yasanın 6.maddesinde ise,

"Çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla kendiliğinden "sigortalı" olurlar.

Sigortalılar ile bunların işverenleri hakkında sigorta hak ve yükümleri sigortalının işe alındığı tarihten başlar.

Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004

Bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamaz ve vazgeçilemez.

Sözleşmelere, sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamaz." hükmü getirilmekte,

9. madde'de;

"İşveren, çalıştıracağı kimseleri işe başlatmadan önce, örneği Kurumca hazırlanacak işe giriş bildirgeleriyle Kuruma doğrudan bildirmekle veya bu belgeleri iadeli taahhütlü olarak göndermekle yükümlüdür. İnşaat işyerlerinde işe başlatılacak kimseler için işe başlatıldığı gün Kuruma veya iadeli taahhütlü olarak postaya verilen işe giriş bildirgeleri ile Kuruma ilk defa işyeri bildirgesi verilen işyerlerinde işe alınan işçiler için en geç bir ay içinde Kuruma verilen veya iadeli taahhütlü olarak gönderilen işe giriş bildirgeleri de süresi içinde verilmiş sayılır.

Dışişleri Bakanlığının sigortalı olarak yurtdışı göreve atanan personeli için işe giriş bildirgeleri ise, Kuruma en geç üç ay içinde gönderilir." şeklindeki düzenlemenin yanı sıra, 506 sayılı yasanın 79.maddesinin 10.fikrasında ise,

"Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca 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 sayıları nazara alınır." denilmek suretiyle, hizmet aktiyle çalışanların Kuruma bildirilmeyen sürelerine ilişkin tespit davalarının ve yargılama sürecinin yasal dayanağı ve koşulları ortaya konulmaktadır. Şimdi bu yasal düzenlemeler ışığında bildirimsiz geçen çalışmalara ilişkin dava koşullarını ve yargılama sürecini irdelemek için öncelikle hizmet tespiti davalarının taraflarının belirlenmesi doğru olacak bir yaklaşımdır.

III- BİLDİRİMSİZ GEÇEN HİZMETLERİN TESPİTİ DAVASININ TARAFLARI

1- Sigortalı

506 Sayılı Yasa'nın 79. maddesi "yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılarmahkemeye başvurabilir..." demek suretiyle hizmet tespiti davasını, sigortalı olmayı gerektirir çalışma ilişkisi içinde hizmet vermiş olanların açabileceğini işaret etmiştir.Bu durumda hizmet tespiti davasının davacısının sigortalı kişiler olduğunda kuşku yoktur. Ancak sigortalının ölmüş olması halinde ve hukuksal yararları bulunması koşuluyla sigortalının hak sahiplerinin de dava açabilece-

Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004

ğinin kabulü yargılama hukukunun genel bir yaklaşımıdır. Kimlerin sigortalı sayılacağı ise 506 Sayılı Yasa'nın 2. ve 3. maddelerinde ayrıntılı bir şekilde belirlenmiştir.

Sigortalı sayılmada temel ölçüt, "hizmet akdine dayalı olarak bir veya birkaç işverene bağlı olarak çalışma" olgusudur. Ancak bunun yanında özel olarak çiftçi malları koruma bekçileri, sanatçılar, genelev kadınları gibi bazı gruplar da özel olarak belirtilerek sigortalılık kapsamına alınmışlardır.

Belirtelim ki; hizmet akdine dayalı çalışma ilişkisinde içtihatlarla varılan genişleme sonucu, İş Kanununda tarifini bulan hizmet akdinin unsurlarını birebir arama yerine, ücretin para yerine eşya olarak alındığı veya bazı koşullarda ücretsiz çalışma durumlarının dahi sigortalı olmaya engel bulunmadığı kabul edilmektedir. Zira Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin ve benzer çok sayıdaki kararlarından biri olan 22.1.2001 T., 1999/3613 E., 2001/37 K. Sayılı ilamında, özetle" ...506 Sayılı Kanun'un 2. maddesi hükmüne göre bir hizmet akdine dayanılarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu Kanuna göre sigortalı sayılırlar. Anılan Kanun kapsamında sigortalı olmak için 506 sayılı Kanun'un 3/I-B ve 78/2. maddeleri gözetildiğinde ücretin nakit olarak ödenmesinin koşul olmadığı açıktır. Bir başka ifade ile ücretin nakit (=para) olarak ödenmesi mümkün olduğu gibi, aynı yardım olarak yerine getirilmesi de olasıdır.

Somut olayda da, davalı ile işveren arasındaki çalışma ilişkisinde, hizmet akdinin yasal koşullarından bulunan zaman ve bağımlılık unsurları mevcuttur. Davacının hastanede fahri asistan olarak çalışması, bir başka ifade ile ücret almaması aralarındaki çalışma ilişkisinin hizmet akdi niteliğini ortadan kaldırmaz. Kaldı ki davacıya kimi dönemlerde ödemelerde bulunulmuştur. Giderek davacının 5.1.1981 tarihinde işe girişine dair işe giriş bildirgesi de Kurum'a verilmiştir. O halde, davacının iş bu hastane işyerinde fahri asistan olarak geçen çalışma ilişkisinin hizmet akdine dayandığı ve ücret ödenmese dahi davacının 506 Sayılı Kanunun madde 2 kapsamında sigortalı (=506 Sayılı Kanunun 3/II-A maddesi hükmü saklı tutularak) niteliğini haiz bulunduğu açıktır..." görüşüne yer verilerek konu genişletici bir yorumla irdelenmiştir.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 26.3.1996 T., 1996/2333 E., 1996/2515 K. Sayılı ve aynı Daire 06.10.2000 T., 2000/6047 E., 2000/5998 K. Sayılı ilamlarında yasa gereği Bağ-Kur sigortalısı statüsünde olması gereken serbest muhasebecinin bu bağımsız çalışmasının yanı sıra fiilen işin hacim ve niteliğine göre mesaisinin çoğunun bir işverene bağlı olarak o işverenin işyerinde çalışarak geçirmesi halini öne çıkartarak, baskın çalışmanın hizmet akdine dayalı olarak gerçekleştiğini kabul etmiş ve pek çok kararında da baskın çalışmaya öncelik vermiştir.

Bu tür yorumlar, hem bağımlılık ve işin işyerinde yapılması koşulları açısından, hem de çağın ekonomik gereksinimleri karşısında, işyeri dışında çalışma

durumlarının yaygınlığı, ayrıca birden fazla işverene bağlı olarak çalışılabilme olanağından dolayı, İş Kanunu'nda tanımını bulan hizmet sözleşmesinden daha esnek ve farklı bir hizmet ve çalışma ilişkisini açığa çıkarması nedeniyle, sosyal güvenlik ilkelerine uygun düşmektedir..

2- İşveren

Hizmet tespiti davalarının davalısı kural olarak işverendir.

506 Sayılı Yasanın 4. maddesi, "Bu Kanunun uygulanmasında 2'nci maddede belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler "işveren"dir. ...

Çiftçi mallarını koruma bekçileri hakkında işverenlerin bu konuda belirtilen yükümleri bunları tayine yetkili makam tarafından yerine getirilir" hükmünü içermektedir.

Madde, hizmet tespiti davasının tarafı konumunda olabilecek hasımı açıkça işveren olarak tanımlamıştır. Bu nedenle Sosyal Sigortalar Yasası açısından işveren sayılmak için sigortalı çalıştırmak gerekli ve yeterlidir. Burada işverenin gerçek veya tüzel kişi olabileceği açık bir şekilde işaret edilmektedir. Bu bağlamda 506 Sayılı Yasa'nın 87. maddesinde tanımını bulan, araçlar ile 4. maddede belirtilen çiftçi mallarını koruma kurullarının da işveren konumunda oldukları kuşkusuzdur. Ancak, özellikle anılan 4. maddede yer alan "çalıştıran" öğesinin 87. maddede yer alan alt işvereni kapsadığı madde yer alan (ve uygulamada "ihale makamı" olarak tarif ve tavsif edilen) "asıl işveren" in de alt işverenin (aracı-taşeronun) çalıştırdığı işçilerin açtığı hizmet tespiti davalarında taraf olup olmayacakları üzerinde durmak gerekir.

Hemen belirtelim ki, ihale makamı olan asıl işverene, karşı (alt işverenden iş alan) işçinin açacağı hizmet tespiti davalarında husumetin tevcih edilemeyeceği kanısındayız. Zira bu konu Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 17.03.2003 tarih ve 2003/1307 Esas ve 2032 Sayılı Kararında ayrıntılı olarak incelenmiş olup çekişme konusu özetle

İşverenler arasındaki hukuksal ilişkinin dayanağının somut olaydaki gibi 506 sayılı Yasanın 87. maddesi olması halinde, asıl işveren durumundaki ...Ortak Girişiminin alt işverene hizmet akdi ile bağlı sigortalının 506 sayılı Yasanın 79/10. Maddesi uyarınca açacağı hizmet tespiti davasında -işveren olarak- taraf gösterilip gösterilemeyeceği sorundur. 506 sayılı Yasanın 4. maddesi ile "sigortalıları çalıştıran gerçek ve tüzel kişiler "İşveren" olarak tanımlanmıştır. "Çalıştıran" olgusu, tespiti istenen sürelerle ilişkin hizmet akdinin tarafı konumunda olan ve hizmet akdini düzenleyen "işvereni" ifade etmektedir. Davacı sigortalının taraf olduğu hizmet akdinin alt işveren Yapı Endüstri ve Tic. A.Ş tarafından düzenlenmiş olması karşısında hizmet tespitine yönelik davanın da bu işverene karşı husumet

yöneltilerek açılması gerekir. 506 sayılı Yasanın 87. Maddesi ile asıl işveren ile alt işveren arasındaki ekonomik ve mali yönden sorumluluk hukukunun sınırlarının belirlendiği, maddede geçen "bu kanunun işverene yüklediği ödevler" tanımlamasının asıl işverene, alt işverenin taraf olduğu hizmet sözleşmeleri nedeniyle açılacak hizmet tespiti davalarında "pasif husumet ehliyetini" amaçlamadığı anlaşılmaktadır. Davanın, tespiti istenen sürelerle ilişkin hizmet sözleşmelerinin tarafı olan alt işverene yöneltilmesinde hizmet ilişkisinin ve süresinin tespitinde, gerek ispat külfeti, gerekse delillere ulaşabilme gibi konular nedeniyle de davanın sübutu için önemi açıktır.

Yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular dikkate alınarak davalı...Ortak Girişimi hakkında açılan davanın husumet itirazı nedeniyle reddi gerekir" demek suretiyle konuya açıklık getirilmiştir.

Öte yandan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin, 30.4.1998 T., 1998/2527 E., 1998/3123 K. Salı ilamında yer alan; " Oysa 506 sayılı Kanunun 79/1. maddesine göre, işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılar yönünden yasal yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu sigortalıların yönetmelikte gösterilen belgeleri işverenler tarafından düzenlenir ve verilir. Ayrıca prim ödeme yükümlülüğü de doğrudan işverene yüklenmiştir. Kısaca bu tür davalar işverenlerin hak alanlarını ilgilendirir. Nitekim Yargıtay uygulamasında bu güne değin oluşturulan görüşe göre işverenlerin bu tür davalarda yasal hasım olarak gösterilmesi gerekir..." yollu açıklamalar, işverenin hizmet tespiti davasının yasal tarafı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

3- Sosyal Sigortalar Kurumu

Sosyal Sigortalar Kurumu da, hizmet tespiti davalarında yasal hasım konumundadır. Zira, hizmet tespiti sonucunda elde edilecek kararın infazı Sosyal Sigortalar Kurumunca sağlanacaktır ki, taraf olmadığı bir davada elde edilen karar Kurum açısından bağlayıcı sayılmayacağından, kurumunda davada taraf gösterilmesi zorunluluğu vardır.

Kaldı ki Sosyal Sigortalar Kurumu, sigortalılar için vazgeçilmez ve devredilemez temel bir insan hakkı olan sosyal güvenlik hakkının gerçekleştirilmesinde, çalışanların sigortalılık ilişkisi içinde geçen çalışmalarının kayıt altına alınması açısından, birtakım yasal yetkilerinin yanında, bu konuda belli görevleri yerine getirmekle de vazifelendirilmiştir. Esasen bu konularda Kurum, kendisine sağlanan geniş örgüt ve denetim mekanizmasıyla, çalışanların sosyal güvenlik şemsiyesi dışında çalışmasını engelleme yükümlülüğü altındadır. Kuşku yok ki, kişilerin kayıt dışı çalıştırılması etkenlerinden birinin de Kuruma verilen yasal denetim yükümlülüklerini layıkıyla yerine getirmediği olgusuna dayalı olup, bu durum dahi Kurum'un hizmet tespiti davalarında davalı konumunda yer almasını zorunlu kılmaktadır. Açıkça belirtmek gerekirse Sosyal Sigortalar Kurumu'nun hizmet tespiti

davalarında taraf olma zorunluluğu, uygulamada da tartışmasız olarak kabul görmekte, ve genelde açılan davalarda bu yönün titizlikle gözetildiği görülmekte ise de; aksine, kurum davada hasım gösterilmemiş ise, mahkemece yasal hasım durumunda bulunan Sosyal Sigortalar Kurumu'nun da yöntemince davaya dahil edilmesi için davacıya önel verilmelidir şeklinde kararlar bulunduğu gibi (Y.10.HD., 12.11.1996 T., 1996/9708 E., 1996/9735 K.), "... Sosyal Sigortalar Kurumu o davalarda taraf olmadığından bu dava için kesin hüküm oluşmaz, ise de yalnızca güçlü kanıt niteliği söz konusu olabilir şeklinde kararlara da rastlanmaktadır. (Y.10.HD.,30.1.1997 T., 1997/572 E., 1997/543 K.)"

IV- BİLDİRİMSİZ GEÇEN HİZMETLERİN TESPİTİ DAVASINDA, DAVA KOŞULLARI

1- Görevli Mahkeme

5521 sayılı Yasa'nın 1.maddesi "...işçi sayılan kimselerle (...istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdine dayanan...her türlü hak iddialarından doğan...uyuşmazlıkların çözümünün sağlanması için iş mahkemeleri kurulmasını öngörülmekte aynı maddenin b bendi de bu mahkemelerin "işçi sigortaları kurumu ile sigortalılar veya yerine kaim olan hak sahipleri arasındaki uyuşmazlıklardan doğan itiraz ve davalara da bakarlar." Düzenlemesini getirmiştir.

506 sayılı Yasa'nın 134. maddesi ise "bu kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür" hükmünü içermektedir.

Anılan yasa maddeleri çerçevesinde hizmet tespiti davalarının iş mahkemelerinde veya iş mahkemesi bulunmayan yerlerde ise iş davalarına bakmakla görevli mahkemelerde görüleceği açıktır.Nitekim Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin, 21.9.1982 T., 4232/3910 sayılı ilamında da vurgulandığı gibi "bağımsız iş mahkemesi bulunmayan ve tek asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu ... Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan dava için, "...yapılacak iş, davanın iş mahkemesinde görülecek işlerden olduğunun ara kararıyla tespiti, davada 5521 sayılı İMK'nunda yazılı usül ve esasların uygulanacağı belirtilmesi ve bu esaslara göre yargılamanın yürütülerek gerekli kararın verilmesinden ibarettir..." denilmek suretiyle, davaya iş mahkemesi sıfatıyla bakıldığına ilişkin olarak ara kararı verilmediği durumlarda dahi, o yerde bağımsız iş mahkemesi veya iş davalarına bakmakla görevli başka bir mahkemenin bulunmadığının anlaşılması halinde dava iş mahkemelerinde uygulanması gereken yargılama yöntemine uyulmuş olması koşuluyla bu yönün bozma nedeni yapılmadığı görülmektedir..

2- Yetki

Hizmet tespiti davaları açısından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 9 ve devamı maddelerindeki genel yetki kurallarının uygulanması yanı sıra, 5521 sayılı Yasa'nın 5.maddesiyle de "iş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili (olan) mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz" düzenlemesiyle anılan genel yetki kurallarına ilaveten işin yapıldığı işyeri için yetkili olan mahkemenin yetkisinin de benimsenmiş olduğu görülmektedir.

Öte yandan HUMK'nun 17. maddesi gereği olarak, yasal hasım durumunda bulunan Sosyal Sigortalar Kurumu'nun müdürlüklerinin (şubelerinin) bulunduğu yerlerdeki iş mahkemelerinin dahi yetkili olduğunun kabul edilmek gereği vardır. Nitekim Yargıtay içtihatlarının da bu yönde tezahür ettiği açıkça gözlenmektedir."

HUMK'nun 9 ve 17. maddelerine göre, yetkili mahkeme, Kurumun ikametgahı bulunan Ankara İş Mahkemesi veya işlemlerin yapılmış olduğu Kurum Şubesinin bulunduğu Balıkesir İş Mahkemesidir. (Y.10.H.D. 9.2.1981 T.,7489/632)"

"Geçmiş hizmet sürelerinin tespiti ve borçlanılmasını amaçlayan davalar, İş Mahkemeleri Kanunu 15. maddesi yoluyla HUMK 9 ve 17. maddeleri gereğince Kurum Genel Müdürlüğü'nün bulunduğu Ankara İş Mahkemesi veya dava konusu işlemler ona ait olmak koşuluyla Kurum şubesinin bulunduğu yer iş mahkemesinde bakılabilir. (Y.10.H.D.,6.4.1982 T., 1854/1984)"

Keza "5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesine göre sigortalı işçinin işini yaptığı işyeri için gösterilen yetkili mahkemede de dava açılacağına ilişkin olarak da (YHGK., 7.3.1979 T.,692/215)" tarih sayılı kararı zikredilebilir..

3- Yargılama Usulü

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde "İş mahkemelerinde şifahi yargılama usulü uygulanır. İlk oturumda mahkeme tarafları sulha teşvik eder. Uzlaşamadıkları ve taraflar veya vekillerinden birisi gelmediği takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilir." denilerek iş mahkemelerinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 473-491. maddelerinde düzenlenmiş olan sözlü yargılama biçiminin benimsendiği belirtilmiştir.

İş mahkemelerinde ve hizmet tespiti davalarında uygulanması kabul edilen sözlü yargılama usulüyle, davaların kısa sürede çözümlenmesi ve emeğiyle geçinmek zorunda olan çalışanların haklarını elde etmeleri ve menfaatlerinin korunmasında sürat ve kolaylık sağlanması hedef alınmıştır. Aynı amaca yönelik olarak

5521 sayılı Yasa'nın 8 maddesiyle iş mahkemesinden verilen kararların Yargıtay'ca iki ay içinde incelenip karara bağlanması zorunluluğu getirilerek Yargıtay'ın bu kabil kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulması olanağı da ortadan kaldırılarak, kesin hükmün kısa sürede elde edilmesi öngörülmüştür.

4- Kanıtlama Yöntemi

a) Genel olarak

Hizmet tespiti davaları kural olarak çalışma olgusunun her tür delille kanıtlanabilecek olan davalardandır.²

Ekonomik ve sosyal yaşamın gerekleriyle çeşitliliği gözetildiğinde, çok değişik çalışma ortamları ve iş ilişkisinden söz etme olanağının bulunması nedeniyle, genel kanıtlardan olan tanık anlatımı, çalışan ve çalıştıran nezdindeki özel ve resmi nitelikli belgeler, Sosyal Sigortalar Kurumu kayıtları yanında, yapılan işin özelliğinden kaynaklanan kanıtlama araçlarından da yararlanma olanağı vardır.

Hizmet tespiti davalarının Anayasamız'da yer alan temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkını gerçekleştirmeye yönelik olması nedeniyle, vazgeçilmez ve devredilmez olan bu hakka ilişkin davaların kamu düzenine ilişkin olduğu da düşünüldüğünde, tarafların sunacağı kanıtlar yanında, uygulamada hakimin re'sen kanıt toplamasına da olanak tanınmakta olduğunu görüyoruz.

Bu cümleden olarak hizmet tespiti davalarında kanıtlama yöntemi ve kanıtların nitelikleri Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.2.1998 T., 1998/21-8 E.,1998/88 K. Sayılı ilamında öngörülen ilkeleri özetlersek "Bu tür hizmet tespitine yönelik davaların kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi icabettiği, vurgulandıktan sonra...Yasal dayanağı 506 sayılı Kanunun 79/8. (değişiklikten sonra 79/10 oldu) maddesi olan bu tür davalarda, öncelikle davacının çalışmasına ilişkin belgelerin, işveren tarafından verilir verilmeyeceği, yada çalıştıklarının kurumca tespit edilip edilmediğinin yöntemince araştırılması, bu yasal koşul oluşmuşsa işyerinin o dönemde gerçekten var olup olmadığı, Kanunun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı eksiksiz bir şekilde belirlenmesi, daha sonra çalışma iddiasının gerçeğe uygunluğunun denetlenmesi istenmekte, öte yandan çalışma olgusunun her tür delille ispatlanabilirse de çalışmanın konusunun sürekli olup olmadığı, kesintili veya mevsimlik mi olduğunun belirlenmesi; başlangıç ve bitiş tarihleri ile alınan ücret konularında tanıkların sözleri değerlendirilirken de, bunların inandırıcılığı üzerinde durulmalı, bu cümleden olarak verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları, özellikle işverenle işçiyle ve işyeriyle ilişkilerin anlatımında bazen uzun yılları kapsayan bilgilerin insan hafızasında yıllarca eksiksiz nasıl taşınabileceği düşünülerek tanıkların buna göre isticvap olunması, ayrıca işyerinin kapsamı kapasite ve niteliği ile (ilgili beyanların

kontrolünün yapılması mümkün oldukça işyerinde çalışan öteki kişiler ile o işyerine komşu ve yakın işyerlerinde bu yeri bilen ve tanıyanlar dahi dinlenerek tanık beyanlarının sağlıklı olup olmadığının denetlenmesi gerekli görülerek, böylece çalışma olgusunun hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak şekilde inandırıcı bir biçimde belirlendikten sonra, ücret konusu üzerinde durulması, tespiti istenilen sürenin evvelinde ve sonrasında beyyine başlangıcı sayılabilecek ödeme belgelerinin araştırılması, bu nitelikte sair bir belge yoksa HUMK'nun md. 288 de yazılı sınırları taşan ücret alma iddialarında yazılı delil aranmalı, bu sınırlar altında kalan ücret alma iddialarında ücret miktarları tanıklardan sorulmalı, 506 sayılı Kanununun madde 3/B ve D de olduğu gibi ücretin sigortalı sayılmanın koşulu olan durumlarda ücret alma olgusunun var olup olmadığının özellikle saptanmasına işaret edilmiş, bu davalarda işverenin kabulünün tek başına hukuki bir sonuç doğurmayacağı göz önünde tutulması" gereğine değinilerek, "davaya konu çalışmanın sigortalı çalışma niteliğinde olup olmadığı, yada ne zaman bu niteliğe kavuştuğu yönü üzerinde durulması ve ancak bu takdirde çalışmayı kapsama alan yasanın yürürlük tarihinden sonraki dönem için hizmetin tespitine karar verilmesinin olanaklı bulunduğu" vurgulanmıştır.

Belirtelim ki hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin olarak bu çevrede değerlendirilmesi tarafların davayı sonuçlandırıcı insiyatiflerini kısıtlamakta, işverenin kabulü ise bağlayıcı sonuç doğurmamaktadır. Nitekim "SSK 79/V'e dayalı davalarda, işverence çalışmanın varlığının kabulü kesin delil oluşturmayaacağı (Yargıtay 10. H.D. 24.4.1984 T., 2120/2236)" kararıyla da pekişmiş bulunmaktadır. İşte anılan Yargıtay kararları içeriğinde dile getirilen bu yaklaşım ile gerçek dışı çalışma iddialarının, taraflar arasındaki anlaşmalar yoluyla, yargı kararlarına konu edilmesinin önlenmesi, buna bağlı olarak da temelinde prim ödeme sistemi bulunan sosyal sigortalılık haklarının temini için yıllar boyu primlerini yatırmış olan sigortalılar aleyhine oluşacak olumsuzlukların en aza indirilerek Kurum'un gerçek dışı çalışmaların tespiti sonucunda, bu gibilere bağlayacağı gelirlerden dolayı uğrayacağı zararlarla mali dengesinin bozulmasının önüne geçilmesi amaçlamak istenmektedir.

Diğer taraftan çalışılan işyerinin resmi nitelikli kurum ve kuruluşlardan olması halinde ise, bu tip işyerlerindeki çalışmaların kural olarak kayıtlara yansımış çalışmalardan olması gerekeceği varsayımından hareketle, iddianın kanıtlanmasında kayıtlara dayanılması gereği üzerinde durulması Yargıtay kararlarında ön plana çıkarılmış olduğu görülmektedir. Örnek vermek gerekirse, Yargıtay 10 Hukuk Dairesi'nin 30.1.2001 T., 2000/8862 E., 2001/349 K. Sayılı ilamında; özetle "...davacının hizmetlerinin geçtiğini ileri sürdüğü işyeri kamu kuruluşu niteliğindeki...Belediyesi olup, kamu kuruluşlarında çalışanların hizmetlerinin kayıtlara geçirilmesi ve ücret ödemelerinin belgelere dayandırılması asıldır. Nitekim davacıya ait çalışmaların 3.3.1997 tarihinden sonraki kesiminin Kuruma bildirildiği dava

dilekçesi ve Sosyal Sigortalar Kurumundan celbedilen özlük dosyası içeriğinden anlaşılmaktadır. Kuruma bildirilmediği ileri sürülen çalışmaların hangi nedenle bildirim dışı kaldığı yeterince araştırılmamıştır.

Sigortalılığın: zorunlu, kişiye bağlı ve özellikle devredilemez bir hak olduğu ve bu nedenle bu tür davaların özel bir duyarlılığı gerektirdiği gözetilerek, sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için davalı belediyeden celbedilecek ücret tediye bordrosu ve yaz aylarındaki geçici görevlendirmeye dair belge asılları birlikte değerlendirilerek, tespiti istenilen dönem içindeki ücret tediye bordrolarında davacının çalışması ve buna bağlı ücret ödemesinin mevcut olup olmadığı, keza bordrolarda davacının imzasının bulunup bulunmadığı, şayet bordrolarda davacının imzası varsa, bunun sadece bordroda gösterilen gün kadar çalışmasının karinesini teşkil edeceği, bordrolarda davacının imzası yoksa ve davacının çalışmalarının belediye kayıtlarında gözükmemesinin haklı bir sebebi bulunuyorsa, çalışma olgusunun davacı ile aynı dönemde birlikte çalışıp hizmetleri kurum kayıtlarına geçirilmiş tanıklar da dinlendikten ve gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceği" vurgulanarak bu yaklaşım açık biçimde dile getirilmiştir.

Öte yandan çalışılan dönemlerle ilgili imzalı ücret tediye bordrolarının bulunması halinde bu tip belgelerde geçen çalışma sürelerinin aksinin kanıtlanmasında eşdeğer nitelikli belgelerin araştırılması gereği uygulamada genel olarak kabul görmüştür. Hizmet tespiti davaları genelde yargısal uygulamalarla biçimlenen davalar olduğundan, konunun irdelenmesinde yargı kararlarından örnekler sunulması uygulamanın anlaşılması açısından uygun görülmüştür.

Bu cümleden olarak, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 26.9.2000 T., 2000/5216 E., 2000/5629 K. Sayılı bir başka ilamında; ise yine sigortalı hizmetlerin saptanmasına ilişkin davaların, kamu düzeniyle ilgili olduğu ve bu nedenle de özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmesinin zorunlu ve gerekli bulunduğu vurgulandıktan sonra, yapılacak işin öncelikle iddia edilen dönemde böyle bir işyerinin mevcut ve faal olup olmadığı yöntemince araştırılıp saptanması, tespiti konu çalışmalara ilişkin olarak-varsa-işveren nezdindeki belgeler getirilmesi, işbu belgelerden sigortalının imzasını içerenler yönünden imzanın kendisine aidiyeti sigortalı tarafından kabul edilenler ile inkar edilip de aidiyeti ehil bilirkişi incelemesiyle saptananlardan yine sigortalıca hata-hile-ikrah durumu iddia ve ispat edilemeyenler bakımından, işbu yazılı belgelerin aksi eşdeğer belgelerle kanıtlanması; bunun dışında sigortalının kayıtlarda gözükmeyen çalışmalarının hangi nedenlerle kayıtlara geçmediği ya da bildirim dışı kaldığı hususu gereğince yeterince araştırılması; yukarıda öngörülen nitelikte yazılı belge ibraz olunmayan çalışma süreleri yönünden ise, o dönemde sigortalı ile birlikte çalışan ve işverenin bordrolarında kayıtlı kişiler ile aynı yörede komşu ve benzeri işleri yapan başka işverenlerin ve bu işverenlerin çalıştırdığı ve bordrolara geçmiş kişilerin saptanarak, bilgi ve görgülerine başvurulması;

sigortalı tarafından işveren aleyhine açılmış işçilik haklarına ilişkin davada alınmış ve sonuç olarak sigortalının geçmiş hizmetlerinin dahi saptanmasına ilişkin ilamındaki o davada Sosyal Sigortalar Kurumu'nun taraf olmaması sebebiyle kesin yargı hükümleri kapsamında bağlayıcı değilse de güçlü delil niteliğinde olduğu husus da gözetilmek suretiyle yargılama aşamasında dinlenen tanık anlatımlarının değerlendirilmesinde, işyerinin kapsamı kapasite ve niteliğinin nazara alınması," hususlarına değinilerek bu tür davalardaki kanıtlama yönteminin koşullarına açıklık getirilmek istendiği gözlenmektedir. Bu şekilde genel olarak kanıtlama yöntemlerine değindikten sonra, davanın unsurlarına yönelmek gerekirse aşağıdaki hususların irdelenmesinin de fayda olacağı kanısındayım,

b-) Yönetmelikle tespit edilen belgelerin kuruma verilmemiş olması koşulu,

Hizmet tespiti için 79/10 maddede yer alan ilk koşul, yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından (kuruma) verilmeyen sigortalıların çalıştıkları bu süreleri mahkemeye başvurarak kanıtlamaları halinde prim ödeme gün sayılarının hesabında nazara alınacağına ilişkindir.Yasanın 79/1 maddesinde değinilen ve yönetmelikle belirlenen prim belgeleri (aylık sigorta prim belgeleri, dört aylık prim bordroları ve hesap fişleri ile işe giriş ve işyeri bildirgelerinden ibaret olup) işveren bu belgeleri kuruma vermiş, primlerini de ödemiş ise, sigortalının tespit davası açmakta herhangi bir hukuki yararı bulunmadığından açılan davaların reddi gerekir.Meğer ki kurum kendisine belgeleri verilen ve primleri ödenen, böylece de sigortalı geçen süreleri, herhangi bir nedenle kabul etmemiş olsun, işte bu takdirde kurumca, işverence bildirilen ve primleri ödenen sürelerin davacıya ait olmadığı veya çalışmaların sigortalı niteliği taşımadığının iddia edilmesi halinde, davacı sigortalının hukuki yararı bulunduğundan, davanın görülmesi olanaklı hale gelir. Yargıtay maddeyi geniş yorumlayarak bu belgelerden bir tekinin dahi verilmesi halinde bile açılan davanın hak düşürücü süre nedeniyle red edilemeyeceğini içtihat etmiştir.

c-) Çalışmaların kurumca saptanmamış olması koşulu

Hizmet tespiti davası açısından ikinci koşul ise "sigortalının çalışmalarının kurumca tespit edilememiş olması halidir.Zira 79/10 maddede (yukarıda değinilen koşulun ardından gelen veya ibaresinden sonra) " çalıştıkları kurumca tespit edilemeyen sigortalılar" deyimine yer vermiştir ki, bundan maksat, sigortalının o işyerinde çalıştığı herhangi bir şekilde Sosyal Sigortalar Kurumunca tespit edilememiş olması halidir. Eğer açılan davalarda müfettiş yoklama tutanağı ile veya işe giriş bildirgesinin kuruma verilmiş olması veya benzeri kanıtlarla, sigortalının kayıtsız geçen bu çalışmalarını Kurumca bilindiği kanıtlanırsa artık 5 yıllık hak düşürücü süre uygulanmayacaktır. Diğer bir anlatımla sigortalı hizmet tespit davası açmamış olsa bile bu şekilde bildirimsiz çalışmaların saptanması halinde kurum gerekli

belgeleri ve sigortalının resen tespit edilen çalışmalarına ait primleri işverenden isteyebilir. Esasen bu tür davalarda sigortalının devam ede gelen (kesintisiz) çalışmalarının (işe giriş bildirgesi ile veya müfettiş tutanağı veyahut benzeri şekilde) kurumca saptanması halinde dahi işe giriş tarihinden sonraki çalışmaların hak düşürücü süreye uğramayacağı görüşü yargıtayın süreklilik gösteren istikrar bulmuş kararlarıyla da içtihat edilmiştir.

d-) Hak düşürücü süre koşulu

Hizmet tespiti davalarında üçüncü koşul ise bilindiği üzere 506 Sayılı Yasanın 79/10. Maddesinde yer alan "...çalışıklarının hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak..." ibaresiyle bu davaların belirli sürelerde açılması gereğine işaret edilmiştir. Burada sürenin başlangıcı, işyerinden ayrılma değil, hizmetin geçtiği yılın bitim tarihidir.Öte yandan yasada 5 Yıl olarak öngörülen bu süre, tarihi süreç içinde birçok kez değişikliğe uğramış olup son olarak 01.06.1994 tarih 3995 Sayılı Yasa'yla 10 yıldan 5 yıla indirilmiştir.

Yasa'da dava açılabilmesi için öngörülen sürenin niteliği de öğreti ve uygulamada tartışmalıdır.Süreyi zamanaşımı süresi olarak yorumlayan, böylece zamanaşımının durmasına ve kesilmesine ilişkin esasların burada da uygulanması gerektiğini savunan yazarlar bulunduğu gibi, sürenin hakdüşürücü süre niteliğinde olduğunu ileri süren yazarlar da vardır. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması, sürenin hak düşürücü süre olarak kabulü yönündedir, bu durum karşısında, anılan sürenin hak düşürücü olması nedeniyle, konu taraflarca ileri sürülmesi dahi, mahkemece re'sen gözetilmesi zorunluluğu vardır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.2.1998 T., 1997/10-882 E., 1998/4 K. Sayılı ilamında; bu duruma işaret edilme olup "Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa'nın 3995 sayılı Yasayla değişik 79/8'nci maddesine göre, yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalışıklar Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar çalışıklar yılın sonundan itibaren 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde dava açmadıkları takdirde sonradan açılan dava dinlenmez.

Somut olayda davacı 30 ekim 1988 tarihinde işyerinden ayrıldığına ve davayı 30.10.1995 tarihinde açtığına göre davanın hak düşürücü süre nedeniyle reddine karar verilmemiş olması usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Davacı hernekadar hak düşürücü süre içerisinde Kuruma başvurarak işverenin kendisini sigorta ettirmediğini ihbar etmiş ise de Kurum müfettişi tarafından yapılan araştırmada davacının çalıştığı tespit edilememiştir. Müfettiş işyerine gittiğinde davacının çalışan kişiler arasında olmadığını görmüştür. Şayet çalışmanın varlığı saptanmış olsaydı, gerçekten kurumun görevini yapmadığı ve hak düşürücü sürenin geçmediği sonucuna ulaşmış olacaktır. Zira 79/8'nci maddede "çalışmaları

Hak düşürücü sürenin dava hakkına etkisi açısından özel bazı durumlardaki uygulama biçimine ilişkin örnek kararlara da göz atarsak, hizmetin geçtiği yılın sonu olan tarihten dava tarihine kadar hak düşürücü sürenin fazlasıyla geçtiğinin kabulü gereğine işaret edilmekte, ve davacının aynı işyerinde bu tarihten sonra çalışmasını sürdürmesinin veya 10 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 gerçeğine de değinildiği görülmektedir. (Y.10.HD., 21.3.1995 T.,1995/2678 E.,1995/2853 K.)", ayrıca bir başka kararda "...Davalı işveren, geçici şoför olarak çalıştırdığı davacıya ödediği ücretlerden prim kesmiş, ancak bir yanılma sonucu olarak primler SSK yerine T.C. Emekli Sandığı'na bildirilmiş ve gönderilmiştir. İşverenin yeni kurulmuş bir belediye olması yüzünden meydana gelen bu yanılığında davacının kusuru söz konusu olamaz. Bu durumda öteki davalı Sosyal Sigortalar Kurumu'nun hak düşürücü süre savunması Medeni Kanun'un 2. maddesinin öngördüğü iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz" denilerek davanın hak düşürücü süreden reddinin usul ve yasaya aykırı olduğu içtihat edilmektedir. (Y.10.HD., 30.1.1996 T.,1996/195 E.,1996/556 K.)" bunların dışında Yargıtayın iş akdinin askıda kaldığı durumlarda hak düşürücü sürenin işyerinden son kez ayrılma tarihine göre belirleneceğini, aynı işverenin değişik işyerlerinde çalışma halinde tüm çalışmaların birlikte değerlendirilmesi gerektiğini, kesilen primleri ve düzenlenen belgelerin kuruma gecikmeli verilmesi halinde hak düşürücü süreden söz edilemeyeceğini, sigortalının imzasını içeren ücret tediye bordrolarında sigorta prim kesintilerinin yer alması durumunda da bu kesintilerin mevcudiyeti halinde de bu kesintilerin Kuruma bildirilmemesinde aynı durumun söz konusu olacağını belirten kararları da vardır.

Belirtelim ki hizmet tespitlerinin dayanağı olan ve halen yürürlükte bulunan 79/10 maddeye göre, dava açma süresi 5 yıldır. Sigortalının hak düşürücü sürenin işlemeye başladığı tarihten itibaren 5 yıl dolmadan tespit davasını açması gerekir. Bu sürenin başlangıcı açısından ise, Yargıtay, sigortalı kaç yıl çalışmış olursa olsun her halükarda işi bıraktığı yılın sonundan itibaren 5 yıl içinde tespit davasının açılabileceği görüşündedir.

V- SONUÇ

Ekonomik krizlerin yanı sıra, işsizler ordusunun sayısal çoğunluğunun etkisiyle, güç koşullarda ve düşük ücretle çalışmaya mecbur kalan kitlelerin varlığı sürdükçe, sosyal devlet ilkesi anayasalarda ne kadar güçlü olarak tanımlanmış olursa olsun, uygulamayla bu ilkeler tam olarak yaşama geçirilmedikçe, sosyal güvenlikten yoksun işçi çalıştırılmasına ve buna bağlı olarak da adam çalıştıran konumundaki kişilerin kazançlarını çoğaltmalarına olanak sağlanmakta olduğu inkar edilemez. Oysa ekonominin ve çalışma yaşamının kayıt altında olduğu, devletin sosyal devlet ilkelerinin gerçekleştirilmesine yönelik politikalarında ki kararlı tutu-

Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004

munu gösterdiği, temel insan haklarından tüm insanların yararlanması noktasında üzerine düşeni yapmakta kararlı olduğunu ilke ve uygulama düzeyinde yaşama geçirdiği, durumlarda bu tip hizmet tespiti davalarına gerek kalmayacağı yadsınmaz.