

## SİGORTALI HİZMETLERİN HÜKMEN TESPİTİ

Doç. Dr. Coşkun SARAÇ\*

### I.Giriş ve Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti Kavramı

Yasal koşulların varlığı halinde, zorunlu sigortalı, onun işvereni ve sigorta Kurumu arasında, sosyal sigorta yasasında belirtilen hak ve yükümlülüklerin<sup>1</sup> yer aldığı, kamu hukuku, yani maddi anlamda idare hukuku karakterli bir hukuki ilişki doğmaktadır<sup>2</sup>. Doktrinde bu hukuki ilişki “sosyal sigorta ilişkisi” olarak adlandırılmaktadır<sup>3</sup>. Sosyal sigorta ilişkisi, kural olarak çalışma ilişkisinin<sup>4</sup> doğmasıyla birlikte, yasa

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi, İ.İ.B.F.Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü

<sup>1</sup> Yasa ve sözleşmeden doğan hukuki ilişkilerde, tarafların öncelikle yerine getirmesi zorunlu olan temel yükümlülükler bulunmaktadır. Ayrıca, asıl edime doğrudan bağlı olup, onun tamamlanmasına veya asıl edimden kapsam kapsamı yönünden ayrı ve fakat ona hizmet eden yükümlülükler de vardır. Bunlara da yan yükümlülükler denilmektedir(Seyfullah EDİS,s.311 vd.

<sup>2</sup> Y. HGK.nun 14.12.1994, 10-583/854 sayılı kararına göre de, “sosyal sigortalılık ilişkisi Kamu Hukuku alanında statü hukuku ilişkisi olarak ortaya çıkar”(YKD. 1995/3, s.367 vd.)

<sup>3</sup> SÖZER, Sosyal Sigorta İlişkisi, İzmir 1991, s. 15 vd; Can TUNCAY/Ömer EKMEKÇİ, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s.139;Müjdat ŞAKAR, Sosyal Sigortalar Uygulaması, İstanbul 2002,s.85;Kübra DOĞAN, “Sosyal Sigorta İlişkisinin Hukuki Niteliği Üzerine Bir Deneme”, İş Hukuku Dergisi, 1003/3, s.428 vd.;Helmar BLEY, Sozialrecht, Frankfurt am Main: Metzner 1986, s. 62; Theodor TOMANDL, Grundriss des Osterreichischen Sozialrecht, Wien, 1980, s.32; Arnt RICHTER, Grundlagen des Recht der Sozialen Sicherheit, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz: Kohlhammer, 1979, s. 82; Alfred MAUER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Bern 1979, s.255 vd. Bu ilişkinin “Sosyal sigorta borç ilişkisi” olarak da isimlendirilebileceği konusunda: SÖZER,s.22; TOMANDL, s.32.

<sup>4</sup> Çalışma ilişkisi, esasen hizmet ilişkisiyle kurulmaktadır. Ancak, bir hizmet ilişkisi olmaksızın veya geçersiz bir hizmet sözleşmesiyle de kurulabilmektedir. Ayrıntı için: SÖZER, s.130 vd; Kenan TUNÇOMAĞ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul 1990, s. 166; Wolfgang RÜFNER, Einführung in das Sozialrecht, München, 1977, s. 82 vd.

uyarınca kendiliğinden kurulmaktadır<sup>5</sup>. Bu ilişkinin doğması, sigortalının fiilen çalışmaya başlamış olmasına bağlıdır<sup>6</sup>.

Sigorta ilişkisinin kurulmasıyla birlikte, diğer yasal koşulları da varsa, sigortalının kendisi ve aile üyeleri için Kurum edimlerinden yararlanmaya yönelik bir adaylık söz konusu olmaktadır. Bu adaylık süresince tüm koşullar sağlandığında, artık adaylık, bir edim talep hakkına dönüşmektedir. Ancak, uzun vadeli sigorta kollarında ve işsizlik sigortasında, adaylık süresinin dolması gerekmekte ise de, istisna olata, örneğin işkazası ve meslek hastalığı sigortasında sigorta koruması çalışmaya başlamakla beraber doğmaktadır<sup>7</sup>. Sosyal sigortalar hukukunda ilke olarak, sosyal sigorta koruması, yaşlılık, maluliyet ve ölüm sigortaları(ve ayrıca işsizlik sigortası) dışında, primlerin ödenmiş olmasına bağımlı değildir<sup>8</sup>. Bununla birlikte, daha sonra değinileceği gibi, 5510 sayılı yasada, edimlerden yararlanmada, primlerin ödenmiş olması değil, primlerin Kuruma bildirilmiş olması yeterli görülmüştür.

Sigorta edimlerinden yararlanmaya ilişkin olarak, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda<sup>9</sup>, adaylık süresince sigorta kollarına göre birtakım koşullar aranmaktadır. Örneğin, yasanın yürürlüğü tarihi itibarıyla ilk kez sigortalı olanların

---

<sup>5</sup> SÖZER, s.34; TUNÇOMAĞ, s.155 vd; TUNCAY/EKMEKÇİ, s.140; RÜFNER, s.83; TOMANDL, s.33; BLEY, s. 186.

<sup>6</sup> SÖZER, s. 34; TUNCAY/EKMEKÇİ, s.140; GÜZEL/OKUR, s. 94;ŞAKAR, s. 88; Yusuf ALPER, Türkiye'de Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Bursa 2003, s.152;Richard KNUR/Christine SCHLATTER, Lohnsteuer und Sozialversicherung, München 1995,s.II-26; Y.İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı, 15.4.1985,1984/4,1985/3(İşveren Dergisi,1985/10,s.13 vd.)

<sup>7</sup> Geniş bilgi: BLEY, s.148; RICHTER,s.94; Hans-Ernst NAEFF, Das Versicherungsverhältnis in der Sozialversicherung, seine rechtliche Natur und sein Verhältnis zum Versicherungsvertrag, Bern 1944,s.67.

<sup>8</sup> SÖZER, s.67; BLEY, s. 148.

<sup>9</sup> Bu çalışmada 5724 sayılı 2008 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun 28.m.si uyarınca 1.6.2008'de yürürlüğe girecek olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda 27.11.2007 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" ile getirilmesi düşünülen değişiklikler de dikkate alınmıştır. Yararlanılan yüksek mahkeme kararları, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa ilişkin ise de, 5510 sayılı yasanın özellikle hizmet tespitiyle ilgili düzenlemesi başta olmak üzere, 506 sayılı yasayla uygun düşen hükümleri açısından da atıf konusu yapılmıştır.

yaşlılık aylığından yararlanabilmesi için, diğer şartların yanı sıra, en az 9000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması gerekir(5510 m.28). İşverenince Kuruma hiç bildirilmeyen, primleri eksik bildirilen sigortalılar, yukarıdaki gibi, gerçekleşmesi priminin bildirilmesine bağlı sigorta yardımları yönünden edime hak kazanamayacağından, böylesine olumsuz bir durumun ortadan kaldırılması bakımından, 5510 sayılı yasada, 506 sayılı yasadakine paralel şekilde, sigortalılara, sigortalı olarak geçmiş hizmetlerini mahkeme kararıyla tespit ettirebilme imkanı verilmiştir. Kuruma bildirilmeyen sigortalıların sosyal güvenlik haklarının korunması için, yıllar sonra dahi olsa mahkemeye başvurabilme(dava açabilme) imkanına, “sigortalılığın hükmen tespiti” denilmektedir<sup>10</sup>.

Yasakoyucu, “sigortalıların işverenleri karşısında güçsüz konumda olabilecekleri, bazı hallerde böyle bir tespit davası açma hakkını kullanamayabilecekleri; ayrıca, bazı sigortalı ile işverenlerin aralarında anlaşmak suretiyle sigortalı çalışma durumunu Kuruma bildirmeyebilecekleri, kazançları eksik gösterebilecekleri” olasılıklarını da dikkate alarak, yalnızca hizmet tespit davası imkanıyla yetinmemiş, Kuruma, “denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca, fiilen yapılan denetimler sonucunda veya işyeri kayıtlarından yapılan tespitlerden ya da kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatları 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 belgeleri re'sen düzenleme ve muhteviyatı sigorta primlerini tespit ederek işverenden tahsil etme yetkisi” de verilmiştir(5510 m.86/f.VII). Ancak söz konusu yetki çerçevesinde yapılan denetimlerde sigortasız işçi çalıştırıldığıının tespit edilememesi halinde, yine sigortalıya hizmet tespit davası açma zorunluluğu doğmaktadır.

Kuruma bildirilmeyen sigortalı çalışmaların hükmen tespiti, 5510 sayılı yasanın 86. Maddesinin 9. fıkrasında<sup>11</sup> düzenlenmiştir. Hükme göre, “Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından

<sup>10</sup> TUNCAY/EKMEKÇİ, s.245

<sup>11</sup> Tasarıyla 86. Maddenin hizmet tespitiyle ilgili 8. Fıkrasından önce gelmek üzere, maddeye bir fıkra daha eklendiğinden, hizmet tespitine ilişkin 8. Fıkra, 9. Fıkra olmuştur.

verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.”

Tespit davası "Bir hukuki ilişkinin. var olup olmadığının tespitine ilişkin davalardır"<sup>12</sup>. Sigortalının Kuruma bildirilmeyen geçmiş hizmetlerini tespit için açacağı bu dava, "tespit davası" niteliğini taşımanın yanı sıra<sup>13</sup>, aynı zamanda "olumlu tespit davası" özelliğini de göstermektedir<sup>14</sup>.

5510 sayılı yasa m.86/IX.fıkıradaki düzenlenen dava, Kuruma bildirilmemiş çalışmaların tespitine yönelik olduğundan, Kurumda çalışmaları kayıtlı bulunan sigortalıların bu hizmetlerinin, daha sonra (kendisine ait olmadığı gerekçesiyle) Kurumca iptali halinde, sigortalı tarafından Kuruma karşı açılan davalar, 5510 sayılı yasa m.86/IX kapsamına girmemektedir<sup>15</sup>. Aynı şekilde, Kuruma bildirilmiş hizmetlerinin, Kurum kayıtlarında başkası adına gözüktüğü iddiasıyla, sigortalının, söz konusu hizmetlerin kendisine aidiyetinin tespitine (Kurum kayıtlarının düzeltilmesine) ilişkin olarak açtığı davalar da, bu gibi hallerde, 5510 sayılı yasa m.86/IX açısından sigortalı çalışmaların mevcut olup olmadığının tespitine yönelik bir durum bulunmadığından, m.86/IX düzenlemesiyle ilgili değildir<sup>16</sup>. 5510 sayılı yasa m.86/IX.fıkıradaki, sigortalılık hakları ve kamu düzeni açısından özel olarak düzenlenmiş bir tespit davası yer almaktadır.

<sup>12</sup> Baki KURU/Ramazan ARSLAN/ Ejder YILMAZ, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1986, s.188 vd

<sup>13</sup> ... Dava hukukça 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun(...)da ön görülen ilamın alınmasını amaçlamaktadır/ ... anılan Kanunun 6.m.sine göre, çalıştırılanlar işe alınmalarıyla kendiliğinden 'sigortalı' olur/ mahkemenin verdiği karar böyle bir durumun saptanması anlamındadır ve dolayısıyla...söz konusu ...dava...tespit davasıdır ... " (Y. 10. HD. 8.7.1976, 147/5432 (Mahmut CUHRUK/Servet ÇOLAKOĞLU/Avni BÜKEY, Sosyal Sigortalar, Ankara 1977,s.769, no.879).

<sup>14</sup> GÜZEL/OKUR, s. 200; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 245; TUNÇOMAĞ, s.193; Mustafa ÇENBERCİ, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985, s.512; SÖZER, s.74; Özgür ÖZTÜRK, "Sigortalı Hizmetin Tespiti", Çimento İşveren Dergisi, 1998/1, s.31

<sup>15</sup> Y. 10. HD. 31.5.1990, 4575/5223 (YKD. 1990/11, s.1645-1647); Y. 10. HD. 25.1.1990. 1989/9199, 19901253 (İş ve Hukuk Dergisi, 1990/203, s.33-34).

<sup>16</sup> Y. 10. HD. 25.3.1986, 1622/1744 (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi=İKİD., 1986/308, s.4320); Y.10. HD.14.4.1992, 12320/4251 (Yargıtay Kararları Dergisi(=YKD),1992/9, s.1374-1375); Y. 10. HD. 24.12.1990, 7198/11299 (YKD., 1991/6, s.873-874).

## II. Hizmet Tespiti Davası Açısından Dava Koşulları

### 1-Kesin Hüküm Bulunmaması

Konusu, tarafları ve dava sebepleri aynı olan bir davanın kesinleşmesi (1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu=HUMK m.237) halinde, aynı uyuşmazlık yeniden dava konusu yapılamaz. Aksi halde mahkemece davanın esasına girilmeksizin usulden reddedilir<sup>17</sup>. O yüzden ki, sigortalının açmış olduğu tespit davası açısından, daha önce açılmış ve kesinleşmiş aynı nitelikte bir davanın olmaması gerekmektedir. Buna göre, örneğin, sigortalının işveren ve Kuruma karşı evvelce açtığı hizmet tespiti davasında, Kuruma bildirilmemiş sigortalı hizmetlerin tespitine ilişkin olarak verilen kararda, çalışma sürelerinin bir bölümü tespit dışı kalmış ve hüküm kesinleşmiş ise; artık, sigortalının tespit dışı kalan bu süreler hakkında yeniden dava açması mümkün değildir<sup>18</sup>.

### 2-Hukuki Yararın Bulunması

Tespit davalarının açılmasında, davacının hukuki yararının bulunması şarttır<sup>19</sup>. Dava da, esasen ihlal veya tecavüz edilen bir hakkın hukuken korunması amacıyla mahkemeye başvurma işlemidir. Şayet, böyle bir ihlal veya tecavüz yoksa, hukuki yarardan da söz edilemez<sup>20</sup>. Hizmet tespiti açısından da, sigortalının bu davayı açmada hukuki yararının mevcut olması zorunludur<sup>21</sup>.

Hangi hallerde sigortalının hizmet tespiti davası açmada hukuki yararı bulunduğu hususuna, Yargıtay'ın bir çok kararında değinilmiştir. Örneğin, sigortalı, sigorta edimlerinden yararlanma yolunda Kuruma herhangi bir talepte bulunmaksızın ve talebi reddedilmeksizin tespit davası açarsa, henüz ihlal edilen bir hukuki yarar mevcut olmadığından, tespit davası açılması da mümkün olmamaktadır. Ancak, Yargıtay'a göre, sigortalının zorunluluk sonucu Kuruma

<sup>17</sup> KURU/ASLAN/YILMAZ, s.503 vd.

<sup>18</sup> Y. 10. HD, 22.10.1991, 5668/8221(İş ve Hukuk Dergisi, 1992/227,s.34-35)

<sup>19</sup> KURU/ASLAN/YILMAZ,s.190 vd.

<sup>20</sup> Y.10.HD., 14.3.1974, 1776/2799(Teoman OZANOĞLU/Sıddık YALNIZOĞLU/H.Avni TÜMER, Açıklamalı-İçtihatlı Sosyal Sigorta Mevzuatı, C.I, Ankara 1974, s.913, no.805.

<sup>21</sup> Y. 10. HD, 24.9.1992, 1812/8647(İş ve Hukuk Dergisi, 1993/235,s.36)

başvurmaksızın söz konusu davayı açması ve bu durumu ispatlaması halinde, davanın açılmasında hukuki yararın olduğu kabul edilmek gerekmektedir<sup>22</sup>. Yine Yargıtay'a göre,(ve esasen 5510 sayılı yasa m.86/IX hükmü gereğince), Kuruma bildirilmiş; prim ve hizmet belgesi verilmiş olan hizmetler bakımından, tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır<sup>23</sup>. Bu yüzden tespit davasında, Kurum nezdindeki sigortalıya ait şahsi dosya, prim ve hizmet belgeleri celbedilerek, iddia edilen sürelerin Kuruma bildirilip bildirilmediği tespit edilmeli; bildirilmiş ise, hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmelidir<sup>24</sup>.

Bir başka kararda, dava tarihinde yürürlükte olan 2167 sayılı K ile tanınan hizmet borçlanması müessesesinden yararlanan sigortalının, tespitini istediği sürelerin borçlanma yoluyla sigortalı hizmet olarak sayılması karşısında, tespit davası açılmasında artık hukuki yararı olmadığı kabul edilmiştir<sup>25</sup>.

### III. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Sigortalı geçen hizmetlerin tespiti davası, 5510 sayılı yasanın uygulanmasından doğan bir uyumsuzluğa ilişkin olduğundan, 5510 sayılı yasanın 101. M.sinin “Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyumsuzluklar iş mahkemelerinde görülür” hükmü gereğince, İş Mahkemelerinin görev alanına dahil olmaktadır.

5510 sayılı yasa m. 101'de “bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyumsuzluklar iş mahkemelerinde görülür” hükmüne yer verilmekle yetinilmiş; ancak, hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu belirtilmemiştir. Gerçi, 5521 sayılı İş Mahkemeleri kanununun 5.m.sinde yer alan hükme göre, “İş Mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın...ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir”. Ancak, 5521 sayılı yasanın değinilen yetki düzenlemesi, İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle, işveren

<sup>22</sup> Y.HGK. 2.5.1979, 1059/420(ÇENBERCİ, s.523,no.159)

<sup>23</sup> Y.10.HD.3.5.1988,2991/3030(Kamu-İş Dergisi,1988/5,s.29 vd), aynı yönde: 10.HD. 20.5.1997,3961/3787(Ali TEZEL/Şevket TEZEL, Sosyal Sigortalar Mevzuatı, Ankara 2004,s.228).

<sup>24</sup> Y. 10. HD. 20.5.1997, 3961/3787 (YKD., 1998/2, s.217-218).

<sup>25</sup> Yukarıda dipnot 22'deki 24.9.1992 t.li karar.

veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan uyuşmazlıklar için geçerli olduğundan(5521 m.1), 5510 sayılı yasada olduğu gibi, 5521 sayılı yasada da, sigortalı işçinin Kuruma karşı açacağı davalara ilişkin yetkili bir mahkemeden bahsedilmemiştir. Böyle bir durumda, 5521 sayılı yasanın 15.m.sinin “Bu Kanun'da sarahat bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri uygulanır” hükmü gereğince, sigortalı ile Kurum arasındaki davalara bakmaya yetkili mahkemenin, HUMK.m.9/fıkra I,cümle I ve m.17'ye göre belirlenmesi gerekmektedir<sup>26</sup>. HUMK.'nun bu yöne ilişkin 9.m.sine göre; “Her dava, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça açıldığı tarihte davalının Türk Kanunu Medenisi gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde görülür. Davalının ikametgâhı belli değilse, davaya Türkiye'de son defa oturduğu yer mahkemesinde bakılır. Davalı birden fazla ise, dava bunlardan birinin ikametgâhı mahkemesinde açılır...”. HUMK.m 17'ye göre de, “Hakiki veya hükmi bir şahsın muhtelif mahallerde şubeleri bulunduğu takdirde o şubenin muamelesinden dolayı iflâs dâvası müstesna olmak üzere o şubenin bulunduğu mahalde dahi dâva ikame olunabilir. Şirket ve cemiyetlerin ve tesislerin kendi işlerine müteallik olmak üzere âzası aleyhine ve âzanın bu sıfatla yekdiğeri aleyhlerine ikame edecekleri dâva bu şirket, cemiyet veya tesisin ikametgâh addolunan mahal mahkemesinde bakılır”.

Bu durumda, HUMK.m.9/f.I,c.I uyarınca tespit davası, davalı Kurumun ikametgâhı(merkezi) sayılan Ankara'daki İş mahkemesinde açılabilir gibi; HUMK.m.17'deki özel yetki kuralı uyarınca, Kuruma karşı şubesinin bulunduğu yerde de dava açılacaktır<sup>27</sup>. Kurumu temsilen Kurum avukatlarının şubenin bulunduğu yerde Kurum aleyhine açılan davaları takibe yetkileri olduğu için, uyuşmazlığın şube muamelesinden kaynaklanmasına da gerek yoktur. Aksinin kabulü, Anayasanın 141'nci m.si son fıkrasındaki “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir” ve HUMK.'nun 77. maddesindeki “Hâkim tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sürat ve intizam dairesinde cereyanına ve

---

<sup>26</sup> Can TUNCAY, “İş Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi Üzerine Düşünceler”, İstanbul Barosu Dergisi, 1988/4-5-6,s.228; ÇENBERCİ, s.499,703. Bu yöndeki Yargıtay kararları için : ÇENBERCİ, s.703 vd.

<sup>27</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ,s.89.

beyhude masrafa meydan verilmemesine dikkatle mükelleftir” şeklindeki emredici düzenlemelerine aykırı olacaktır<sup>28</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, -ileride değinileceği üzere- Yargıtay, hizmet tespiti davasının işverenle Kuruma karşı aynı anda (birlikte) açılması gerektiğini kabul etmektedir. Buna göre, hizmet tespiti davasında, davalı sayısı birden fazla olduğu için, davanın HUMK.m.9’un “Davalı birden fazla ise, dava bunlardan birinin ikametgâhı mahkemesinde açılır...” yönündeki düzenlemesi uyarınca; davalılardan birinin ikametgâhı mahkemesinde açılması da mümkün olmaktadır<sup>29</sup>. Böylece, dava işverenin ikametgahında da açılabilir. İleride değinileceği gibi, Kurumla birlikte işverenin de dava edilmesi yönünden esasen ihtiyari dava arkadaşlığından söz etmek gerekirse de, Yargıtay uygulamasında mecburi dava arkadaşlığı olarak kabul edilmektedir. Ancak ister mecburi, ister ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olsun, bir davada birden fazla davalı mevcut ise, dava bunlardan birinin ikametgahında açılabilir<sup>30</sup>.

Daha önce değinildiği gibi, Kurum kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin aidiyet davaları, hizmet tespit davası niteliğini taşımadığından, işverenin hasım gösterilmemesi nedeniyle, davada yalnızca Kuruma karşı açılan davalara ilişkin yetki konusunda, yukarıda belirtilen yönler geçerli olacaktır<sup>31</sup>.

Öte yandan, sigortalının HUMK.m.9 ve 17’de belirtilen yetkili mahkemelerden başka bir yerde Kuruma karşı dava açması halinde, davayı temyiz aşamasına dek takip eden; sahip olduğu ekonomik ve teşkilat gücüyle yetkili mahkemede olacağı ölçüde savunma hakkını kullanan Kurumun, daha sonra yetkisizliği öne sürmesinin, Medeni Kanun m.2’deki dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağını kabul etmek gerekir. Ayrıca, HUMK.’ndaki genel usul kurallarının Sosyal Sigorta Hukukunda doğrudan uygulanması, ekonomik açıdan zayıf olan sigortalıların hak arama imkanlarını kısıtlayacağı gibi, bu durum,

<sup>28</sup> Y.21. HD,11.5.2004, 4365/4653(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası : www.kazanci.com.tr)

<sup>29</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ,s.85.

<sup>30</sup> Y.21.HD, 11.5.2004,4365/4653(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası : www.kazanci.com.tr).

<sup>31</sup> Resul ASLANKÖYLÜ,Sosyal Sigortalar kanunu Yorumu, Ankara 2003, s.760. Yazar, tespit ve aidiyet davalarının kamu düzenine ilişkin olması ve ekonomik açıdan güçsüz sigortalıların korunması gereğiyle, bu davaların nafaka davalarında olduğu gibi sigortalıların ikametgah mahkemesinde açılabilmesi imkanının sağlanması gerektiğini belirtmektedir (ASLANKÖYLÜ,s.761).

sigortalıların haklarını tanımada ve kullanmada yardımcı olmakla yükümlü bulunan Kurumun görevini ifa etmemesine de yol açabilecektir<sup>32</sup>.

#### IV. Davanın Tarafları (Husumet)

##### 1-Davacı Sıfatı

5510 sayılı yasanın 86. Maddesinin 9. fıkrasındaki "sigortalılar...iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse..." hükmü uyarınca, hizmet tespiti davası, 5510 sayılı yasanın "sigortalı" olarak saydığı kişiler ile sigortalının hak sahipleri<sup>33</sup> tarafından açılabilecektir. Ancak, 5510 sayılı yasanın söz konusu 9. Fıkрасında "aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılardan" söz edildiği için, bir işveren tarafından çalıştırılmayan sigortalıların (bağımsız çalışan sigortalıların) hizmet tespit davası açma hakkı yoktur. Bunların dışında kalan ve yasanın 4. vd. maddesinde sigortalı olarak sayılanlardan,

<sup>32</sup> Y. 10.HD. 27.4.1984,2098/2329(Mehmet CAN, Açıklamalı-İçtihatlı Sosyal Sigortalar Kanunu Uygulaması, Ankara 1995, s.1309).

<sup>33</sup> 5510 sayılı yasadaki mirasçılardan hizmet tespit davası açma hakkına açıkça yer veren bir hüküm yoktur. Hatta 86. Maddenin 9. fıkrası dar yorumlanırsa, bu hakka sahip olmadıkları sonucuna dahi varılabilir(ASLANKÖYLÜ, s. 720). Ancak yasanın amacı nazara alınarak, bu hakkın tanınması gerektiği sonucuna da varılabilir (TUNCAY/EKMEKÇİ,s.247). Yargıtay kararlarında, bu amaç da dikkate alınarak, sigortalının haksahiplerine, hizmet tespit davası açma hakkı tanınmıştır. Haksahipleri, sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malûllük veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasıdır(5510 m.3/7). Ancak, haksahipleri açısından da, hukuki yarar şartı dava koşuludur. Yargıtay'ın bu hususa ilişkin bir kararında (Y. 10. HD. 3.3.1977, 6480/1496, Mustafa ÇENBERCİ, Sosyal Sigortalar kanunu Şerhi, Ankara 1977, s.1331, no.255) " ... Davanın yasal dayanağının 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 79.m.si bulunmasına ve sigortalının ölmesi dolayısıyla eş ve çocuklarının dahi böyle bir dava açmalarında ölüm aylığından yararlanmaları bakımından hukuki menfaatlerinin bulunduğu kabulü gerekmiş olmasına göre..." denilmek suretiyle, hukuki yararı bulunan hak sahiplerinin söz konusu davayı açabileceği sonucuna varılmıştır (Sigortalının haksahiplerinin hizmet tespiti davası açma hakkının olduğunu teyit edici bir diğer karar: Y.10.HD. 21.9.1982,3716/3844, İKİD, 1982/262, s.1443-1444). Bununla birlikte, sigortalı, sağlığında sigorta edimlerine hak kazanamamış ise, hak sahiplerinin de yararlanabilecekleri bir sigorta yardımı bulunmayacağından, daha önce değindiğimiz dava koşullarından "hukuki yarar" şartı gerçekleşmeyeceğinden, hizmet tespiti davasını açamayacaklardır.

aynı zamanda aynı yasanın 6. Maddesinde “sigortalı sayılmayanlar” arasında bulunmayanlar, sigortalı hizmetlerin tespiti davasında davacı sıfatını taşıyabilecektir. Sigortalı sayılanlar, özetle, hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar, hizmet sözleşmesiyle çalışmasalar da yasaca sigortalı sayılanlar ile kamu görevlileridir.

## 2-Davalı Sıfatı

5510 sayılı yasanın 86. Maddesinin 9. fıkrasında "...sigortalılar çalıştıklarını...ispatlayabilirlerse..." denilmesinden dolayı, hizmet tespiti davasının, kural olarak "işverene" karşı açılması gerekmektedir. İşverenin doğal olarak bu davanın davalı tarafını oluşturmasında zorunluluk vardır<sup>34</sup>. Örneğin, aşağıda değineceğimiz üzere, davanın Kuruma karşı açılması söz konusu olduğunda, mutlaka, daha önce işveren aleyhinde açılan ve sonuçlanan bir davanın bulunması gerekmektedir. Bu sebeple, işveren atlanarak doğrudan Kuruma karşı dava açılması halinde, mahkemece, husumetin işverene de yöneltmesi ve onun da davaya dahil edilmesi için davacı sigortalıya süre tanınmak zorundadır<sup>35</sup>.

İşverenin tanımında, sosyal sigortalar hukuku bakımından özel düzenleme olan 5510 sayılı yasanın 12.m.sindeki tanımın esas alınması gerekmektedir<sup>36</sup>. Değinilen hükme göre, 5510 sayılı yasanın 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. Bu yüzden, sosyal sigortalar hukuku açısından işveren deyimi, 5510 sayılı yasanın sigortalı saydığı 4. maddedeki kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği

<sup>34</sup> Y.10.HD.24.10.1991, 5614/8307(Oğuz KURUCU, İş Yargısı, Ankara 1994,s.285.

<sup>35</sup> Y. 10. HD. 27.10.1987, 6068/5567 (YKD., 1988/2, s.202-204); Y. 10. HD. 21.12.1992, 6393/12603 (TÜHİS Dergisi, 1993/1, s.42); Y. 10. HD. 10.12.1990, 10316/10328. Değinilen 10.12.1990 t.li 10. HD. kararı, söz konusu dairenin bozma kararına karşı direnme üzerine, dosyayı inceleyen dairenin ve "dava esnasında husumetin işverene yöneltmesi nedeniyle, husumet şartının dava esnasında gerçekleşmesinden dolayı dosyanın 10. HD. ne iadesine" karar veren Y. HGK nun 25.9.1991 t.li, 10-329/423 sayılı kararında(İşveren Dergisi., 1993/2, s.17-18). belirtilmiştir.

<sup>36</sup> Bu yöndeki bir karara göre, ...506 sayılı...kanununun madde 4...bu yasa anlamında kimlerin işveren sayılacağını açıklamıştır...Görülüyor ki, burada işverenin iş kanunu hükümlerine göre değil, 506 sayılı yasa hükümlerine göre belirlenmek...gerekir(Y.HGK.31.3.1982, 1979/10-1458,1982/320: İşveren Dergisi, 1983/5, s.20 vd.)

olmayan kurumların yanı sıra, kişi topluluklarını da(tüzel kişiliği olmayan kuruluşları da) kapsamaktadır<sup>37</sup>.

Bunun yanı sıra, hizmet tespiti davası sonunda verilen ilam doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili de söz konusu olacağından, davanın, primleri Kuruma ödemekle sorumlu tutulan ve yasada asıl borçluyla birlikte müteselsilen sorumluluğu ön görülen diğer kimselere karşı da açılması mümkündür. Bu durumda, davalılar arasında dava konusu borcun ortak olması sebebiyle, HUMK. m.43'de düzenlenen bir "ihtiyari dava arkadaşlığı" söz konusu olmaktadır<sup>38</sup>. Örneğin, "5510 sayılı yasa m.12/ son fıkra uyarınca; alt işverenin sigortalısının hizmet tespit davası yönünden, alt işverenin 5510 s.lı yasadaki doğan yükümlülüklerinden dolayı, onunla birlikte müteselsilen sorumlu olan asıl işverenin"; "5510 sayılı yasa m.89/1.f. uyarınca, işyerinin birleşmesi, devri veya intikali halinde, eski işverenin prim borçlarından dolayı müteselsilen sorumlu olan yeni işverenin"; 5510 sayılı yasa m.12/2 uyarınca, "5510 sayılı yasadaki doğan yükümlülüklerden dolayı işveren ile birlikte müteselsilen sorumlu olan işveren vekili ile 4857 sayılı İş Kanununda tanımlanan geçici iş ilişkisi kurulan işverenin" de, hizmet tespiti davasında isteğe bağlı olarak davalı konumuna sokulması mümkündür. Aslında, böyle bir imkan zaman, emek ve masraftan kazanılmasını; soruşturma ve yargılamayı kolaylaştırmayı ve çelişkili hükümler verilmesini önlerneyi sağlamaktadır<sup>39</sup>. Ancak,

---

<sup>37</sup> Tüzel kişiliğe karşı söz konusu davanın açılmasıyla ilgili olarak Y. 10. HD. nin 14.12.1992 t.li, 12603/12175 sayılı kararına göre " tüzel kişi işverene ait işyerinde geçen çalışmaların tespiti davası, tüzel kişiliğe karşı açılan..." (İş ve Hukuk Dergisi, 1993/237, s.34). İflas idaresiyle ilgili bir başka karara göre de, "(... sigortalının nezdinde eski hizmetlerinin geçtiğini ileri sürdüğü davalı) şirket iflas etmiş olup, tasfiyesi devam etmekte ise, husumet müflise değil iflas idaresine düşer" (Y. 10. HD. 1.12.1980,6254/6947; ÇENBERCİ, 1985, s. 83, no.7). Kişi topluluğuna değinen bir karara göre, "...gerçek kişiler diledikleri şekilde tüzel kişilik kazanamazlar...örneğin aile birliği, miras şirketi, adi ortaklık gibi birlikler ve topluluklar, isteseler de tüzel kişilik kazanamazlar...bunların tüzel kişilik kazanması için...yasal bir düzenlemeye dayanılması zorunludur..."(YHGK. 24.5.1995, 4-367/550(Yargıtay Kararları Dergisi,1995/7,s.1013 vd.)

<sup>38</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.365 vd. HUMK.m.43'de bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: "Birden ziyade kimseler aşağıdaki hallerde birlikte dava ikame edebilecekleri gibi birlikte aleyhlerine de dava ikame olunabilir: l-Müddeiler veya müddealeyhler arasında müddeabih olan hak ve borcun iştirak halinde bulunması ... "

<sup>39</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ,s.365

Yargıtay 506 sayılı yasanın uygulanmasıyla ilişkili kararlarında<sup>40</sup>, 506 sayılı yasanın 79 m.sine dayanan hizmet tespiti davalarında, hizmetin tespitine karar verilen yıllarda, işverenler için prim ödeme yükümlülüğü doğacağından, anılan yasanın 82/1. m.si gereğince davanın devreden işverenle devralan işverene birlikte yöneltilmesi ve bunların tespit edilen süreler yönünden, müteselsilen sorumlu tutulmasının zorunlu olduğu" sonucuna vararak, hizmet tespiti davasında eski ve yeni işvereni "mecburi dava arkadaşı" olarak<sup>41</sup> nitelendirmiş ise de, sigorta mevzuatımızda hizmet tespiti davasının açılmasında mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu açık bir hükme yer verilmiştir. Bu nedenle, kanımızca Yargıtay'ın değinilen kararları, hizmet tespiti davasında husumet açısından eski ve yeni işverenlerin mecburi dava arkadaşı olarak nitelendirilmiş olmasından dolayı, yerinde değildir.

Ayrıca, Yargıtay, "davacının (sigortalının) aynı zaman dönemi içerisinde birden fazla işverene ait işyerinde çalışması halinde (kısmi süreli çalışma), hizmet tespiti davasının o dönemdeki tüm işverenlere yöneltilmesi gerektiği" görüşündedir<sup>42</sup>. Bir başka kararda, aynı sonuca, sigortalının tespiti istenen dönemde birden çok işveren nezdinde "kesintili" olarak çalışması hali açısından da varılmıştır<sup>43</sup>. Kanımızca, yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz gerekçelerle, böyle durumlarda,

---

<sup>40</sup> Y. 10. HD. 18.6.1991, 4108/6529 (YKD., 1991/12, s.1824-1825); Y. 10. HD. 29.12.1992. 4320/13317 (YKD., 1993/4, s.536-538). Y.21.HD. 26.1.2004,2003/10563,2004/451(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası : www.kazanci.com.tr. Öte yandan, değinilen 18.6.1991 t.lı 10.HD. kararında, Yargıtay, işyerinin zincirleme devri halinde, ikinci kez devralanın prim borçlarından sorumluluğu olmadığı ve bu nedenle kendisine karşı tespit davası açılmayacağına da hükmetmiştir. Bu kararı değerlendiren SÖZER'e göre; SSK.m.82'de(5510 sayılı yasa m.11/5'de) devralanın sorumluluğunu devir sayısı ile sınırlayan bir hüküm olmamasından ve SSK.m.8 uyarınca(5510 sayılı yasanın 89/1 m.si uyarınca), işyerinin devri ve intikalinde sigortalıların hak ve yükümlülükleri devam edeceğinden, Yargıtay'ın vardığı sonuç yerinde görülmemektedir(Ali Nazım SÖZER, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri,İstanbul 1993, s.168).

<sup>41</sup> Mecburi dava arkadaşlığında maddi hukukun, bir hakkın birden fazla kişi tarafından veya birden fazla kişiye karşı dava edilmesini zorunlu kılmış olması şarttır. İlgili yasada, bu yönde açık bir düzenleme olması gerekmektedir (KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.361 vd.).

<sup>42</sup> Yukarıda dipnot 41'deki 10.HD. kararları. Aynı yönde: Y.10. HD.21.12.1992, 6393/12603 (TÜHİS Dergisi, 1993/1, s.42).

<sup>43</sup> Y.10.HD.16.1992, 1359/6240( İş ve Hukuk Dergisi, 1992/229,s.37 vd.)

mecburi dava arkadaşlığından bahsetme imkanı olmayıp; sigortalının "ihtiyari dava arkadaşlığı" çerçevesinde, diğer işverenleri de davaya dahil etmesi, isteğine bağlı olmalıdır.

Öte yandan, Sosyal Sigortalar Kurumunun da, davalı tarafı oluşturması mümkündür. Bu aşamada Kurumun, tek başına veya işverenle birlikte dava edilmesi söz konusu olabilecektir. İlk olasılıkta, sigortalının işverenine karşı açtığı davada aldığı ilamın, çeşitli sebeplerle Kurumca yerine getirilmemesi halinde, sigortalının Kurum aleyhine de aynı şekilde dava açması gerekebilecektir. Böyle bir davada, daha önce işveren aleyhine alınmış ilam, Kurum aleyhine açılan davada, dava konusu ve sebepleri aynı olmakla birlikte, davanın tarafları farklı olduğu için, kesin hüküm sayılmayıp; kuvvetli bir takdiri delil oluşturacaktır<sup>44</sup>.

İkinci olasılıkta ise, işverene karşı dava açılacak olmakla birlikte, Kurumun alınan mahkeme ilamını uygulamayacağı; bu hususta uyumsuzluk çıkaracağı anlaşılmakta ise, dava ekonomisi ve yargılama kolaylığı açısından, daha önce yukarıda değindiğimiz şekilde bir "ihtiyari dava arkadaşlığı" çerçevesinde, Kurumun da işverenle birlikte dava edilmesi yoluna gidilebilecektir. Doğal olarak bu her iki halde de, Kurum aleyhine dava açılmasında, davacının (sigortalının) hukuki yararının bulunması zorunludur. Kurumun bu konuda uyumsuzluk çıkarmaması halinde ise, tespit davası açılmasında hukuki yarar yoktur<sup>45</sup>.

Kurumun hizmet tespiti davasında davalı tarafı oluşturması, teorik olarak yukarıda belirtilen şekilde gerçekleşmek gerekirken, uygulamada bu konudaki Yargıtay kararları farklı bir gelişme göstermiştir. Yargıtay, önceleri bazı kararlarında hizmet tespiti davasında husumetin, yani davalı sıfatının sadece işverene yöneltilmesi gerektiğini kabul etmekteyken<sup>46</sup>; sonraki tarihli bir kısım kararlarında,

<sup>44</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ,s.503 vd.;512. Bu yöne ilişkin bir karara göre de, "SSK.m. 79/V gereğince işveren aleyhinde alınmış ilam, o davada hasım olmadığı için Kurumu bağlamaz .." (Y.10. HD.24.5.1984,2837/2913,ÇENBERCİ, 1985, s.516, no.119-a).

<sup>45</sup> Y. 10. HD. 26.3.1979, 8117/2634 (ÇENBERCİ, 1985, s. 523, no.161).

<sup>46</sup> Y. 9. HD.nin 21.6.1973, 21956/22971 sayılı kararı : " ... hizmet süresinin tespiti davasının işveren aleyhine açılması lazım gelip, Sosyal Sigortalar Kurumuna husumet tevaccüh etmeyeceğinden davanın reddi gerekir..." (CUHRUK/ ÇOLAKOĞLU/ BÜKEY, s.620, no.689). Benzer nitelikte Y.9.HD.nin 6.5.1971,8523/11204 sayılı kararı (ÇENBERCİ, 1977, s.1335, no.265).

Kurumun da dava edilebileceğine, ancak bunun için, Kurumun işveren aleyhinde alınmış hizmet tespiti hükmünü uygulamaktan kaçınmış olması; yani, sigortalının böyle bir davayı Kuruma karşı açmasında, hukuki yararının bulunması gerektiğine karar vermiştir<sup>47</sup>. Nihayet, bu görüşü de değiştirerek; davanın işverenle birlikte Kuruma karşı da açılmasının zorunlu olduğu kabul edilmiştir<sup>48</sup>. Zira, tespit davası sonunda sigortalı tarafından elde edilen ilamı icra edecek ve bu doğrultuda gereken hukuki işlemleri yapacak olan mercii, Kurumdur. Bu nedenle, dava, niteliği gereği doğrudan Kurumun hak alanını da ilgilendirmektedir. Davanın salt işverene karşı açılmış olması halinde, husumetin Kuruma da yöneltmesi için davacıya mehil verilerek; Kurumun da davaya dahil edilmesi gerekmektedir<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Y. 10. HD. nin 14.1.1974, 5269/105 sayılı kararı "... Davacının istemi 506 sayılı...Kanununun 79.m.sinin V. fıkrası hükmüne dayanmaktadır./...Bu yoldaki davalarda ise, Sosyal Sigortalar Kurumunun taraf olması şart değildir. Zira, ... bu fıkra hükmü gereğince ilam alınmasından sonradır ki, Kurumun davacının hakkını tanımama durumu söz konusudur/ ... Davacı(nın) önce ... açacağı dava sonucunda yararına bir ilamı elde etmesi ... zorunludur. Davalı Kurumun davacının iddia ettiği gibi çalıştığını kabul etmemesi ve uyuşmazlık çıkartmış bulunması hali, ancak bundan sonra düşünülebilir ..." (CUHRUK/ÇOLAKOĞLU/BÜKEY, s.874, no.1080). Aynı yönde: Y. 10. HD. 12.12.1977, 200317641 (YKD., 1978/3, s.381); Y. 10. HD. 26.3.1979, 8117/2634 (ÇENBERCİ, 1985, s. 523, no.161); Y. 10. HD. 24.5.1984, 2837/2913 (ÇENBERCİ, 1985,8.516, no.119-a).

<sup>48</sup> Yukarıda dipnot 41'de değinilen 10. ve 21. HD kararları.

<sup>49</sup> Y.HGK..nun 14.4.2004, 2004/21-226, 2004/223 sayılı kararı : "...Diğer taraftan, 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 da açılması gereği vurgulanmaktadır...Gerçekten, Sosyal Sigortalar Kurumu tespit ilamını aldığı anda işverenden o döneme ait prim belgelerini vermesini ister. Aksi halde bunlar Kurumca re'sen düzenlenir. Tespit edilen döneme ilişkin primler de gecikme zammı ve faizi ile birlikte Kurum tarafından tahsil olunur. Ayrıca tespit edilen hizmet süresi, prim ödeme gün sayısı ve aylık kazanç toplamları Kurum tarafından yapılacak yardımlarda ve bağlanacak aylıklarda dikkate alınır. Bu yüzden Kurumun sonucunda alınacak ilamı infaz edeceği ve hak alanını ilgilendiren bir davada taraf olması doğaldır. Dava sadece işverene veya Kuruma karşı açılmışsa davacıya diğerini de davaya dahil etmesi için süre verilecektir. Kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen sosyal sigorta ilişkisinin ve hizmet tespiti davasının özellikleri göz önünde tutularak bu husus kabul edilmiştir..."( Kazancı İçtihat Bilgi Bankası : www.kazanci.com.tr ). Benzer diğer kararlar : Y. 10. HD. 20.10.1988, 5842/5769 (YKD., 1989/2,8.224-225);Y.10.HD. 12.6.1990, 2452/5435(İş ve Hukuk Dergisi, 1990/208,s.36 vd); Y.10.HD.26.9.1991, 4998/7277(YKD., 1991/12,s.1826 vd.).

Görüldüğü gibi Yargıtay'ın işverenle birlikte Kuruma da husumet yöneltmesinin zorunlu olduğunu kabul ettiği uygulama şekli, mecburi dava arkadaşlığıdır<sup>50</sup> ki, sigorta mevzuatımızda bu yönde açık bir düzenleme olmadığından, kanımızca yasa koyucunun yerini almaktır ve yerinde değildir. Bu açıdan "ihtiyari dava arkadaşlığı" çerçevesinde, sigortalının işverenle birlikte Kuruma da husumet yöneltmesi, onun iradesi doğrultusunda mümkün olmak gerekir. Öte yandan, yine Yargıtay'a göre, hizmet tespiti davasında, salt işverene karşı açılmış bir davada, Kurumun işveren yanında (lehinde), ferî müdahil olarak davaya katılması mümkündür<sup>51</sup>.

## V. Davanın Konusu ve Açılma Süresi

5510 sayılı yasanın 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 toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır". O halde, davanın konusunu, işverene ait işyerinde geçen ve sigortalı olduğu halde Kuruma bildirilmeyen çalışma sürelerinin tespiti oluşturmaktadır. Bununla birlikte -ilgili kısımda tekrar değinileceği gibi- böyle bir davada, Kurumca primlerin tahsili ve ayrıca sigortalıya Kurumca sağlanacak aylıkların tespiti açısından, bildirilmeyen ücretlerinin de dava konusuna dahil olması gerekmektedir.

Sigortalının açtığı davada, hizmetlerinin ve çalışma sürelerinin tespitini talep etmekle birlikte, aynı zamanda belirlenecek primlerin işverenden alınıp kendisine ödenmesine karar verilmesini de isteyemez. Zira sigorta primleri, Kuruma ait bir alacaktır<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Aynı düşüncede: ÖZGÜR,s.37.

<sup>51</sup> Y.HGK. 28.3.1990, 10-132/216 (TÜHİS Dergisi., 1990/2, s.15-16). Ancak, söz konusu kararda yazım hatası olabilecek şekilde, ferî müdahale deyimi yerine, "asli müdahale"den söz edilmektedir. Ferî müdahalede, iki taraf arasında görülen bir davaya üçüncü bir şahsın, taraflardan biri lehine müdahalesi bulunurken; asli müdahalede, iki taraf arasında görülen bir davada, üçüncü kişinin dava konusu üzerinde hak iddia ederek, iki taraf aleyhine de dava açması söz konusudur

<sup>52</sup> Y.10.HD.29.12.1983, 7017/7693(ÇENBERCİ,1985,s.418 vd,no.3).

Aynı hükümden açıkça görülebildiği gibi, tespit davasının beş yıl içerisinde<sup>53</sup> açılması zorunludur, Aksi halde, söz konusu davayı açma hakkı ortadan kalkacaktır. Bir hakkın yasa veya sözleşmede öngörülen süre içinde kullanılmaması halinde, o hakkın sona ermesine yol açan süreler ise, hak düşürücü süre niteliğindedir<sup>54</sup>. Hak düşürücü sürenin bu niteliği dikkate alındığında, anılan maddedeki beş yıllık sürenin hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır<sup>55</sup>. o nedenle, hak

---

<sup>53</sup> 506 sayılı yasa m.79'daki dava açma süresi, yasanın kabul edildiği 17.7.1964 tarihinden günümüze değin iki kez değişikliğe uğramıştır. Değişiklikler öncesindeki ilk halde, beş yıllık bir süre söz konusu iken; 20.6.1987 t.li 3395 sayılı yasayla bu süre on yıl olmuş; 1.6.1994 t.li 3995 sayılı yasa ile de tekrar, beş yıl olarak kabul edilmiştir. 5510 sayılı yasada da aynı süre korunmuştur.

<sup>54</sup> Safa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1983, s.275, dn.25. Yargıtay'a göre de " ... hak düşürücü sürede/ ... hakkın sona erişimin nedeni belli bir sürenin geçmesi değil de, o süre içerisinde bazı eylemlerin yapılmamış olmasıdır ... En önemlisi, hak düşürücü sürenin zamanaşımı hilafına kesilmesi ve durması söz konusu olmadığından, böyle bir sürenin geçip geçmediğinin hakim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulması da zorunludur .../...Oysa, Borçlar Kanununun. 14.m.sin.e göre, zamanaşımını hakim resen nazara alamaz ... " (Y. HGK 22.2.1984, 1981/8-645, 1984/131, İKİD., 1984/285, s.2842vd.).

<sup>55</sup> Doktrinde bu konuda görüş birliği yoktur. Sürenin hak düşürücü olduğu görüşündeki yazarlar : Şelale KARTAL, İHU, SSK.m.79, no.6 incelemesi; Teoman OZANOĞLU,"9 Temmuz 1987 Tarih ve 19512 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanan 20.6.1987 Tarih ve 3395 Sayılı Kanunla 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda Yapılan Değişiklikler ve Eklentiler ve Türk Sigorta Sistemine Getirilen Yenilikler", Çimento İşveren Dergisi,1987/5, s.6; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 246; Tankut CENTEL, "Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından Yargıtayın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri,İstanbul 1992, s.163; Müjdat ŞAKAR, "Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri,İstanbul 1995, s.189;Oğuz KARADENİZ,Sosyal Sigortalar Kurumunun Prim Tarh,Tahakkuk ve Tahsil Yöntemleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2003,s.170; Özkan BİLGİLİ, Sosyal Güvenlik Klavuzu, İzmir 2006, s.200;ASLANKÖYLÜ, s.705; Abdurrahman AYHAN, "506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre İdari Para Cezaları ve Resen Yapılacak İşlemler", Eskişehir Anadolu Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 1993/1-2,s. 157. Ayrıca AYHAN'a göre, sosyal güvenliğin yaygınlaştırılması ve toplumsal refah ile barışın sağlanması için hak düşürücü süre kaldırılmalı ve sosyal güvenlik hakkı kısıtlanmamalıdır(AYHAN, s.157).

Karşı görüş ile, sürenin zamanaşımı niteliğinde olduğu düşüncesinde : ALPER, s.199-200; TUNÇOMAG, s.193; GÜZEL/OKUR, s. 200; ÖZGÜR, s.40; SÖZER, 1991 Değerlendirilmesi, s.166. SÖZER'e göre, sigortalılık hakkının mülkiyet hakkı içinde düşünülerek, "istihkak davasında" olduğu gibi veya kişilik hakkı kavramı içinde değerlendirilerek, kişilik hakkına ilişkin davalarda olduğu gibi, hizmet tespiti davasının da bir süreye tabi tutulmaması yerinde olacaktır(SÖZER, Sosyal Sigorta İlişkisi,s.78 vd.

düşürücü sürenin geçmesi halinde, açılacak davanın da mahkemece reddi gerekmektedir<sup>56</sup>.

Kanımızca, hizmet tespiti davasının hak düşürücü süreye bağlanmasının savunulabilecek yönü, Kurumun, sigortalı topluluğunun ve dolayısıyla kamu yararının da dikkate alınması gerektiğidir. Kamu düzeni<sup>57</sup> de bu sonucu pekiştirmektedir., Sigortalı çalışmaların tespiti, çok eski olaylara, şahit ifadelerine ve belgelere dayalı olarak ispata açık tutulursa; zaman içinde bu delillerin ortadan kalkması veya ispata elverişliliğini yitirmesi tehlikesi doğacaktır. Ayrıca, oldukça eski senelere dayalı delillerle sigortalılık hakkının ispatı, kamu düzenini de ters yönde etkileyebilecektir<sup>58</sup>. Öte yandan, primleri bildirilmeyen sigortalılar için, Kurumun tespit davası sonunda işverenden tahsil edeceği

---

ÇENBERCİ ise, her iki görüşten farklı olarak, sürenin usuli süre olduğu kanısındadır(ÇENBERCİ, 1985, s. 511). Ancak, dava konusu hizmetlerin sigortalı olarak değerlendirilmesi imkanı, dava açma hakkının düşmesiyle ortadan kalkmaktadır ki, sigortalının, başka bir yolla (dava yoluyla) bu hakkı diriltme imkanının olmaması gerekir.

Yargıtay uygulamasında ise, davanın hak düşürücü süreye tabi olduğu görüşü, yerleşik hale gelmiştir : Y. HGK.27.6.1984, 1982/1-663, 1984/755, (İKİD, 1984/287, s.2981vd); Y. HGK. 28.2.1986, 1985/10-37, 1986/184(, YKD., 1988/3, s.313 vd); Y. HGK., 21.12.1988, 10-693/1019,(Türk Kamu-Sen Dergisi, 1989/7, s.31); Y. 10. HD. 22.11.1988, 6391/6564, (YKD., 1989/3, s.360 vd); Y.10. HD.16.12.1996, 10667/10748, (YKD., 1997/4, s.535 vd);Y.10.HD.17.2.2003, 2003/388-777( TEZEL/TEZEL),s.231; Y.HGK,3.3.2004, 2004/21-139,2004/117 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası : [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

<sup>56</sup> Y. 10. HD. nin 3.5.1988, 2991/3030 sayılı kararına göre de "Davanın hak düşürücü süre nedeniyle reddi ve kararın kesinleşmesi halinde, daha sonra hak düşürücü sürenin yasa değişikliğiyle yukarı çekilmesi, sigortalıya tekrar dava açma ve davanın görülmesi imkanını tanımamaktadır" (Müjdat ŞAKAR, "Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından Yargıtay'ın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1990, s.216). Karşı oy yazısına göre ise; hukuki sebebin kesin hükümden sonra değişmesi halinde, tarafları ve müddeabihî aynı olsa da, hukuki sebep farklı olduğundan olayda kesin hükümden söz edilememesi gerekmektedir. Kanımızca, hukuki sebepler (daha doğrusu "vakıalar" hakkında: KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.505-507), hak düşürücü süre nedeniyle reddedilen ilk dava ile aynı ise, (yani hak düşürücü süre sebebiyle reddedilen aynı döneme ait çalışmaların tespiti istenmiş ise ), açılan ikinci dava, daha önceki kesin hüküm nedeniyle reddedilmelidir. Bu yüzden, değinilen Yargıtay kararı, kanımızca yerindedir.

<sup>57</sup> Bir kural, kişi yararını değil de, kamu yararını korumak için getirilmişse; kamu düzenine ilişkindir (EDİS, s.148).

<sup>58</sup> Y. 10. HD. nin 24.5.1990, 4501/4837 sayılı kararı : "...sosyal güvenlik hakkı kamu düzenini ilgilendirdiğinden..." (Çimento İşveren Dergisi., 1990/6, s.24).

primler açısından, tespit dönemine ilişkin olarak tebliğ edilecek prim borcunun zamanaşımına (tahakkuk zamanaşımına) uğramamış olması da gerekmektedir. Bu zamanaşımı süresi, prim alacaklarının muaccel oldukları tarihten itibaren, 5510 sayılı yasa m.93/2 uyarınca, on yıldır. O yüzden, hak düşürücü sürenin olmaması veya daha uzun bir süreye tabi olması, sigortalının hak düşümü korkusu olmaksızın, bu davayı geç açmasına da sebep olabilecek ve örneğin; 1970-1982 dönemine ilişkin tespit için 1991'de dava açıldığında, on senelik tahakkuk zamanaşımı geçen 1970-1981 dönemi primlerini Kurum tahsil edemeyecek; ileride "Mahkeme İlâmının Hukuki Sonuçları" başlığı altında değinileceği üzere, primleri Kuruma bildirilmemiş sigortalı, söz konusu sürelerin sigortalı için prim gün sayısından sayılabilmesi için, zamanaşımına uğramış primleri kendisi ödemek zorunda kalacaktır ki, çoğu kez, bunun için sigortalının maddi gücü yetersiz olabilecektir. Belirtilen sebeple, sigortalıyı dava açmada daha erken davranmaya itmesi ve sigortalı ile Kurum alacaklarının korunması açısından, hak düşürücü sürenin varlığı yerindedir. Üstelik, dava hakkının süre geçince düşmesiyle, sigortalılık hakkı ortadan kalkmayacağından, hak düşürücü süre sadece hak arama hürriyetinin kamu yararı nedeniyle sınırlandırılması olarak da değerlendirilebilir.

Hak düşürücü sürenin başlangıcı, 5510 sayılı yasa m.86/IX'un "..sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak., alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse..." ifadesi gereğince, sigortalının hizmetlerinin son bulunduğu yılın bitimi tarihidir<sup>59</sup>. Sürenin hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlatılmasındaki amaç, sigortalının çalışması sürerken işvereniye karşı tespit davası açmakta güçlük çekebilmesi ve işvereniye çatışmaya düşmesinin önlenmesidir<sup>60</sup>.

İşyerinin devri ve intikali halinde, sigortalının hizmet akdi varlığını sürdüreceğinden, hak düşürücü süre de, devir veya intikal tarihi sonrasında sigortalının yeni işverene ait işyerinden ayrıldığı yılın sonundan başlamak durumundadır<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Yargıtay kararları da bu doğrultudadır. Y. 10. HD. 8.3.1988, 1033/1337 (Kamu-İş Dergisi., 1988/6, s.35);Y. HGK. 25.9.1991, 10-330/36 (İşveren Dergisi, 1993/2, s.18); Y. 10. HD. 10.9.1996, 7556/6608 (Ajans-Tüba, 1997/1136, Mevzuat Kısmı, s.12).

<sup>60</sup> Y. 10. HD. 21.11.1979, 4275/9287 (ÇENBERCİ, 1985, s. 523, no.159).

<sup>61</sup> Y.10.HD.28.3.1983,1467/1525(ÇENBERCİ,1985,s.516,no.117-b).

Kuruma bildirilmemiş hizmetleri bulunan sigortalının ölümü halinde mirasçılarının açacakları tespit davasında, hak düşürücü sürenin başlangıcı, muristen mirasçılara tespit istemine ilişkin bir hakkın intikal ettiği "ölüm" tarihidir<sup>62</sup>. Bununla birlikte, muris sigortalı, tespit davasını ölmeden önce ve hak düşürücü süre içinde açmamış ise, artık mirasçılarının da bu yönde bir dava açma hakları bulunmamaktadır<sup>63</sup>.

Sigortalı, çalışmasını sürdürmekteyken de tespit davasını açma imkanına sahiptir ve bu halde, hak düşürücü sürenin işlemeye başlaması söz konusu olmamaktadır<sup>64</sup>.

Hak düşürücü süre, sigortalının belgelerinden herhangi birinin Kuruma verilmiş olması durumunda hiç söz konusu olmayacağı gibi<sup>65</sup>; Kurumun herhangi bir suretle, davacı sigortalının ilgili işyerinde çalıştırıldığını öğrenmiş olması durumunda da<sup>66</sup>, öğrenme tarihinden itibaren hak düşürücü süre işlemeyecektir. 5510 sayılı yasa m.86/IX'da, "...Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar..."ın açacağı davanın

---

<sup>62</sup> Y. 21. HD. nin 7.10.1996 t.li, 5611/5402 sayılı kararı (Ajans Tüba, 1997/1138, Mevzuat Kısmı, s.14).

<sup>63</sup> Yukarıda dipnot 63'deki Y. 21. HD kararı. Aynı doğrultuda: Y 10. HD. 23.11.1981, 5528/6074 (ÇENBERCİ, 1985, s. 516, no. 119-ç)

<sup>64</sup> Y.10.HD.1012.1981,5851/6465(ÇENBERCİ,1985,s.522,no.150);Y.10.HD.27.4.1982, 2139/2320 (İşveren Dergisi,1982/1,s.16).

<sup>65</sup> Örneğin, işe giriş bildirgesinin verilmiş olması durumunda. Bu hususa ilişkin kararlar için bkz . Y.10. HD. 8.6.1989, 3578/5067, (YKD. 1989/11, s.1581 vd); Y 10. HD. 8.9.1993, 384419118 (İş ve Hukuk, 1994/240, s.30 vd). Yargıtay'a göre; işverence dava esnasında ibraz edilen bildirmede, işe giriş bildirgesinin Kuruma verildiği kaşeye belirtilmiş olsa da, Kurum kayıtlarında bildirge mevcut değilse, işverence Kuruma verilmiş belgeden söz edilemez ve hak düşürücü süre işler (Y 10. HD. 10.9.1996, 7554/6607, YKD., 1996/11, s.1741-1743). Ancak, Yargıtay, ilerde değinileceği üzere, (resmi)kamu işyerlerinde böyle bir durumda hak düşürücü sürenin işlemeyeceğini kabul etmektedir(Konuya ileride dipnot 71'e ilişkin metinde tekrar değinilecektir).

<sup>66</sup> Örneğin, işyerlerinde yapılan denetimler esnasında ( Sigortalıların çalıştıklarının müfettiş tutanağıyla tespit edilmiş olması halinde, o tarihten itibaren artık hak düşürücü sürenin işlemeyeceğini-daha doğrusu, söz konusu edilemeyeceğini - belirten bir karar : Y. 21. HD. 10.12.1996, 6785/6844, YKD., 1997/5, s.779 vd. ve Y. 21. HD. 14.2.1997, 811/761, Ajans Tüba, 1998/1160, Mevzuat Kısmı, s.12) ya da ihaleli işlerde, Kamu idareleri ile döner sermayeli kuruluşlar ve bankalar tarafından, ihaleli iş alanların Kuruma bildirilmesinde (5510 m.90) olduğu gibi ...

hak düşürücü süreye tabi olduğu, açıkça belirtilmiştir<sup>67</sup>. Ayrıca Yargıtay'a göre, Kurum, sigortalı çalıştırdığını öğrenmiş olmasına rağmen, prim alacaklarını tahsil için harekete geçmediği takdirde, yasal görev ve yükümlülüğünü ifa etmemiş sayılmaktadır. Kimse, kendi kusuruna dayanarak bir hak iddia edemeyeceğinden (Medeni Kanun m.2/II)<sup>68</sup>; açılan davada Kurumun hak düşürücü süreyi öne sürmesi de, kabul görmeyecektir<sup>69</sup>. Yine Yargıtay, işverenin kamu işvereni olması ve işe giriş bildirgesinin verilmemesi halinde de, hak düşürücü sürenin uygulanmayacağını kabul etmektedir. Buna göre; muvazaalı olduğu, sahte olduğu iddia edilemeyen resmi işyeri kayıtlarına göre, prim belgelerinin düzenlendiği ve primlerin kesildiği; ancak, işverendeki bilgisizlik, kayıtsızlık, muhasebe hatası vb. sonucu Kurum kayıtlarına intikal etmemesi halinde, bundan sigortalı sorumlu olmayıp, Kurumun yaptığı denetimlerde işvereni uyarma görevini yerine getirmemesi, Kurumun kusurunu gösterir. Bu durumda, hak düşürücü sürenin öne sürülmesi, Medeni Kanun m.2/II' ye aykırıdır<sup>70</sup>.

Yargıtay uygulaması bu yönde olmakla birlikte, doktrinde de belirtildiği gibi, hak düşürücü sürenin işlemlerini engelleyen hal, "belgelerin en az birinin Kuruma verilmiş olması" veya "bildirilmeyen sigortalının çalıştığının Kurumca öğrenilmiş olması"dır<sup>71</sup>. Resmi kayıtlarda belgelerin işverence verilmiş olduğu yazılı olsa da, fiili durum buna uygun olmadığından, hak düşürücü sürenin uygulanması gerekir. Hak düşürücü sürenin işlemleri açısından, 5510 sayılı yasa m.86/IX'da, özel veya kamu (resmi) işvereni arasında bir ayırım gözetilmemiştir.

Öte yandan, Yargıtay bir kararında, işverenin sigortalının ücretinden primleri kesmesi ve fakat kesintileri ve prim belgelerini Kuruma göndermemesi, sigortalıyı Kuruma bildirmemesi halinde,

<sup>67</sup> SÖZER, Sigorta, s.74; aynı yazar, 1991 Değerlendirilmesi, s. 164; TUNCAY EKMEKÇİ,s.246; ÖZGÜR, s.42; GÜZEL/OKUR, s.200; ŞAKAR, Müjdat ŞAKAR, "Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından Yargıtay'ın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1991, s.193.

<sup>68</sup> Kötü kazanılmış durumun veya hakkın ileri sürülmesinin Medeni kanun m.2/II uyarınca, hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hakkında : EDİS, s.343 vd

<sup>69</sup> Y. 10.HD.5.4.1988,2150/2173(YKD, 1988/9,s.1238 vd)

<sup>70</sup> Y.10.HD.20.2.1990, 696/1549(İş ve Hukuk Dergisi, 1990/206,s.37 vd); Y.21.HD. 25.1.1996, 173/158(YKD., 1996/17, s.1124 vd).

<sup>71</sup> ŞAKAR, 1993 Değerlendirilmesi, s.191; Ali GÜZEL, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Primler Açısından Yargıtay'ın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1989, s.262.

sigortalı bu durumdan haberdar olmadığı için kendini sigortalı olarak saymış ve tespit davasını süresinde açmamış ise; hak düşürücü sürenin, sigortalının Kuruma bildirilmeyen çalışmalarını öğrendiği tarihten itibaren başlaması gerektiği sonucuna varmıştır<sup>72</sup>. Böyle bir sonuç, borçlunun (işveren) hileli davranışı ile alacaklının (sigortalının) hakkını talep etmesini engellemesi; alacaklı da yarattığı meşru güvene aykırı hareketi nedeniyle Medeni Kanun m.2/II uyarınca hakkın kötüye kullanımına yol açmasını<sup>73</sup> andırmaktadır. Ancak kanımızca bu tarz bir uyarılama mümkün olsaydı, hakkın kötüye kullanımı nedeniyle, hak düşürücü sürenin öğrenme tarihinden başlatılması değil, hiç işlememesi gerekirdi.

Hak düşürücü sürenin başlangıç anı ve işlemeyi sürdürmesi açısından, sigortalının tespite konu dönemlerde işverene ait işyerinde kesintili veya kesintisiz çalışmasının herhangi bir etkisi olmayacaktır. Kesintili çalışma, yani, aynı işverene tabi olarak sigortalının işten ayrılıp, müteakiben tekrar aynı işyerinde çalışmaya başlaması halinde de, tespit konusu her bir çalışma dönemine ilişkin hizmetlerin sona erdiği yılın bitiminden başlayarak; beş yıllık hak düşürücü süre içinde, davanın açılması gerekmektedir. Yargıtay'ın yerleşmiş son kararları da bu yöndedir<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Y. 10. HD. 23.9.1991, 7359/7067(YKD., 1992/1, s. 68 vd).

<sup>73</sup> Bu konuda ayrıntı : EDİS, s.341 vd.

<sup>74</sup> Y. 10. HD, nin 19.1996. 7556/6608 sayılı kararı : "...506 sayılı K.m.79/8'de öngörülen süre, hak düşürücü süre niteliğinde olup, zamanaşımı süresinin kesilmesi ya da durmasına ilişkin kurallar burada uygulanamaz. Giderek, davacının aynı işyerinde bu tarihlerden sonra çalışmasını sürdürmesinin veya on yıllık hak düşürücü süre içerisinde tekrar aynı işyerine girerek çalışması da hak düşürücü sürenin işlemesine engel değildir.'" (Ajans Tuba, 1997/1136. Mevzuat Kısmı,s.12). Aynı yönde: Y.10.HD.17.9.1996. 7560/7003. (YKD. 1997/1. s.46 vd); Y.HGK. 5.3.1997, 1996/21-867,1997/154(Erkan ERTÜRK, Sosyal Sigortalar Kanunu Uygulaması, C.1, Ankara 2001,s.541); Y.HGK. 6.10.2004, 2004/10-503, 2004/488(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: www.kazanci.com.tr) . Yargıtay, daha eski kararlarında ise, aksi görüşle, sigortalının aynı işverene ait işyerinde belli süre çalışıp ayrıldıktan sonra tekrar aynı işverene ait işyerinde çalışmaya başlaması halinde (kesintili çalışma) eski hizmetinin Kuruma bildirilmemesinden dolayı tespit davası açması süresinin (hak düşürücü sürenin) yeniden aynı işyerinde çalışmaya başlamakla kesileceğini kabul etmekteydi. Bunun içinde, aynı işyerinde tekrar işe başlamanın eski hizmetlerin tespitine ilişkin hak düşürücü sürenin dolmasından önce gerçekleşmesi de aranmıştır (Y. 10. HD. nin 22.11.1988 tli. 6391/6564 sayılı kararı "...işçi on yıl dolmadan aynı işverene ait bir başka işyerinde görev başladığına göre, açtığı dava da on yıllık hak düşürücü süre-ilk işyeri yönünden-uygulanamaz..." :KURUCU, s.726. Aynı yönde Y. 10. HD. 26.9.1991. 4998/7272. YKD., 1991/12. s. 1826 vd;

## VI.Yargılama Aşamasındaki Başlıca İnceleme Konuları

### 1-Genel Olarak

Hizmet tespiti davası açma hakkının düzenlendiği 5510 sayılı yasa m.86/IX'da; "Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalışıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse... " hükmü yer aldığından; davada, öncelikle dava şartla-

---

Y.HGK. 28.2.1986, 1985/10-37, 1986/184, YKD.. 1988/3. s.313 vd; Y. 10. HD. 8.9.1993. 2624/9120. İş ve Hukuk Dergisi, 1994/241, s.38 vd). OZANOĞLU'na göre, Yargıtay, söz konusu bu geçmiş kararlarında, sigortalıyı koruyucu amaçla hareket etmiş; işyerine tekrar girip çıkmalarda eski hizmetlerin tespitine yönelik davaların, işverene karşı çalışmaların sürdürülmesi esnasında açılmasının güç olacağı; işten atılma korkusuyla, sigortalının, bildirilmemiş eski hizmetlerinin tespiti için dava açmaktan çekineceği ve o hizmetleri açısından, dava açma süresinin kaçırılacağından dolayı hak düşürücü sürenin kesilmeyeceğine ve durmayacağına ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerini" (ayrıntı için: REİSOĞLU, s.275-276) görmezlikten gelmiştir. Ancak uygulamada Yargıtay'ın açtığı bu yol suiistimal edilmeye başlandığı için, Yargıtay söz konusu görüşünden daha sonra dönmek zorunda kalmıştır (Teoman OZANOĞLU (Ali Rıza OKUR, "Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri", İstanbul 1996, Genel Görüşme Kısmı. s.165).

Öte yandan, akla gelebilecek bir başka soru, "Yargıtayın dava açma süresini hak düşürücü süre olarak nitelendirmesinin ve hak düşürücü sürenin kesilmeyeceği sonucuna varmasının, sigortalı aleyhine olması nedeniyle; bu sürenin zamanaşımı süresi olarak kabulüyle, Borçlar kanunu m. 132'nin zamanaşımının kesilmemesine ve durmamasına ilişkin hükümlerinin sigortalı lehine uygulanmasının ve buna bağlı olarak "ev hizmetlerinde çalışanların (hizmetçilerin) sözleşmenin devamı süresince zamanaşımının işlemeyeceğini ön gören Borçlar Kanunu 132/IV'ün, hizmet akdine dayalı tüm çalışmalarda uygulanması yoluna gidilip gidilemeyeceği, böylece tespit davası açısından (zamanaşımı olarak kabul edilirse) dava açma süresinin işlemeyeceği sonucuna varılabiliyor varılmayacağıdır" (Bu yönlerdeki tartışmalar için: ÖZGÜR. s.41-42). Kanımızca, sigorta yasasındaki süre, zamanaşımı olarak nitelendirilse dahi, Borçlar Kanunu m.132/IV'ün uygulanması imkanı olmayacaktır. Madde 132/IV, hizmet sözleşmesi sürerken, işçi alacakları açısından zamanaşımı süresinin işlemeyeceğini göstermektedir ki, çalışma süresi içinde doğan alacak muaccel olduğu andan itibaren, zamanaşımı başlayacağından ve işçinin (hizmetçinin) işverene karşı hizmet akdi sürerken dava açması güç olduğundan, böyle bir koruyucu hüküm getirilmiştir. 506 sayılı yasa m.79 (ve paralelindeki 5510 sayılı yasa m.86/IX'daki) durum ise farklıdır. Tespit davasının açılma süresi, sigortalının hizmetlerinin son bulunduğu yılın bitiminden itibaren işlemeye başlamaktadır. Sigortalının çalışması sürerken dava açma süresi işlemeyeceğinden, Borçlar Kanunu m.132/IV hükmünden yararlanma olasılığı da doğmayacaktır.

rından olan<sup>75</sup> "hak düşürücü sürenin geçip geçmediği" incelenmek durumundadır.

Ardından, "kesin hüküm bulunmaması" ve "hukuki yararın olup olmadığı" konularının incelenmesi gerekmektedir<sup>76</sup>. 5510 sayılı yasa m.86/IX'da hukuki yararın olup olmadığı yönüne, "Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen" cümlesiyle işaret edilmektedir<sup>77</sup>. Böyle bir durum da yoksa, davacının tespit davasına konu çalışmalarının "sigortalı hizmetler olarak geçip geçmediği" belirlenmek gerekmektedir<sup>78</sup>. Bu konuda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ispat, deliller ve bunların değerlendirilmesiyle ilgili hükümlerinin de göz önünde tutulacağı açıktır.

Yargıtay vermiş olduğu pek çok kararda, özellikle, hizmet tespiti davasının "sosyal güvenlik hukukuna ve dolayısıyla kamu düzenine ilişkin olduğunu" belirterek; davanın özel bir duyarlılık ve ihtimamla görülmesi gerektiğini vurgulamaktadır<sup>79</sup>. Dolayısıyla, hizmet tespiti davasında, davalı işverenin davayı kabulü<sup>80</sup>, geçerli değildir<sup>81</sup>.

Yine kişiye sıkı sıkıya bağlı ve Anayasal güvenceyle korunan sosyal güvenlik hakkının, başkasına devri veya ondan feragat edilmesi

---

<sup>75</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.233.

<sup>76</sup> Bu konudaki usul esasları hakkında ayrıntı için:KURU/ARSLAN/YILMAZ,s.180 vd.

<sup>77</sup> Y. HGK nun 17.11.1993, 10-4991720 sayılı kararına göre de (YKD. 1994/1,s.14 vd): " ...506 sayılı Kanununun 79/VIII. maddesine dayanan ... davalarda öncelikle davacının çalışmasına ilişkin belgelerin işveren tarafından verilir verilmediği ya da çalışmaların Kurumca tespit edilip edilmediği yöntemince araştırılmalıdır...".

<sup>78</sup> 10. HD. 8.6.1989, 964/5114 sayılı kararı: " ...eski hizmetlerinin saptanmasını isteyen kişi o hizmetlerinin geçtiği dönemde 'sigortalı' niteliğini taşımıştır. Daha açık anlatımla, tespiti istenen hizmetler, sigortalı olarak geçmiş hizmetler niteliğinde olmalıdır ..." (YKD. 1989/11, s. 1 582 vd).

<sup>79</sup> Y.10. HD. 30.4.1992, 11563/4851 (YKD., 1992/7, s.1060 vd); Y.HGK 23.3.1994, 1993/10-976, 1994/161 (YKD., 1994/6, s.869 vd); Y. 10. HD. 16.12.1996, 10667/10748 (Ajans Tüba,1997/1125, Mevzuat Kısmı, s.12 vd).

<sup>80</sup> "İkrar", tek tek vakıalar hakkında olup, talep sonucuna (netice talebe) ilişkin değildir. Bir tarafın talep sonucunun diğer tarafça kabul edilmesi ise, davayı sona erdiren bir taraf işlemi olup, "kabul" ismini alır" (HUMK. m.92) (KURU ARSLAN/YILMAZ, s.266,392).

<sup>81</sup> Y. 10. HD. 23.12.1991, 12704/11424 (YKD., 1992/2, s.221 vd); Y. 10. HD. 7.10.1993. 6397/10638 (İş ve Hukuk Dergisi., 1994/239, s.37 vd); Doktrinde ise, işverenin davayı kabulünün, sigortalı lehine hukuki sonuç doğurması gerektiği öne sürülmektedir(GÜZEL, 1987 Değerlendirmesi, s.261; ÇENBERCİ, 1985, s. 512).

de mümkün olmadığından; sigortalının açtığı davadan feragati de geçersiz olacaktır<sup>82</sup>.

HUMK.nun 346. maddesinin "Bir işlemin gerçekliliği ve tamamlanması için dava taraflarının kabulünün yasaca yeterli görülmeyen hallerde yemin teklif edilemeyeceği" yönündeki hükmü uyarınca, hizmet tespiti davasında, işverene yemin de teklif edilemeyecektir<sup>83</sup>. Dava kamu düzeniyle ilgili olduğundan, delillerin de mahkemece resen toplanması gerekmektedir<sup>84</sup>. Hakim, gerçeği bulmak için taraf beyanlarıyla bağlı kalmaksızın, soruşturmayı genişletip, sonuca ulaşmak da zorundadır<sup>85</sup>.

Açılan davada, mahkemenin göz önünde tutması gereken "hak düşürücü sürenin geçip geçmediği (davanın açılma süresi)", "kesin hüküm bulunmaması", "hukuki yararın olması" koşullarına daha önce değinildiğinden, burada sadece "tespiti istenen hizmetlerin sigortalı olarak geçip geçmediği" yönü ele alınacaktır.

5510 sayılı yasa m.86/IX'a göre; "...sigortalılar, çalıştıkları...alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır". Bu nedenle, hizmet tespiti davaları, geçmiş dönemlerdeki hizmetlere ilişkin ücretlerin (kazançların) tespitini de içereceğinden<sup>86</sup>, mahkemece bu yöne ilişkin inceleme de yapılmak durumundadır.

## **2-Sigortalı Çalışma Sürelerinin ve Prim Ödeme Gün Sayılarının Belirlenmesi Açısından**

Hizmet tespiti davasında, davacının iddia ettiği çalışmaların tespitine karar verilebilmesi için, talep ettiği zaman içinde bu hizmetlerinin "sigortalı hizmet" olarak geçmiş olması; dolayısıyla, bildirilmeyen hizmetlerin geçtiği dönemde, davacının 5510 sayılı yasaya göre, sigortalı niteliğini taşımakta olması şarttır<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> Y.10.HD.20.9.1994, 10379/16510(YKD. 1995/1, s.47 vd.); Y.10.HD. 24.6.1997,4565/4880 (ERTÜRK,s.583)

<sup>83</sup> Y.10.HD. 4.5.1992, 1991/14840, 1992/5001 (İş ve Hukuk Dergisi., 1992/230, s.34 vd).

<sup>84</sup> Y.10. HD. 16.12.1996, 10667/10748 (Ajans Tüba, 1997/1125, Mevzuat Kısmı, s.12-13); Y.10.HD.8.7.1997, 5350/5279(ERTÜRK,s.582).

<sup>85</sup> Y.10. HD. 20.10.1992,4130/9555 (YKD. 1993/1, s.49 vd).

<sup>86</sup> Y.10.HD.21.1.1997, 68/89(ERTÜRK, s.600 vd)

<sup>87</sup> Bu yöne ilişkin kararlar için: Y. 10. HD. 17.10.1994, 12292/17688 (İş ve Hukuk Dergisi, 1994-1995/244, s.23);Y.21.HD. 7.4.1997, 2387/2444 (YKD.1997/7,s.1135 vd).

Daha önce de değinildiği gibi, sigortalılık kamu düzenine ilişkin olduğundan, tespiti istenen sürede o kimsenin sigortalı olup olmadığı, mahkemece resen araştırılmak zorundadır<sup>88</sup>. Bu açıdan, sigortalı çalışmadan söz edilebilmesi için, tespiti talep edilen sürelerde, sigortalının çalıştığı bir işyerinin bulunup bulunmadığının incelenmesi de gerekmektedir. İşyerinin resmen faaliyete geçtiği tarihten önceki sürelerin de, sigortalı çalışma olarak tespiti mümkün değildir<sup>89</sup>. Tespit döneminde, işyerinin 5510 sayılı yasa kapsamına alınmış veya alınması gereken nitelikte olup olmadığı da incelenmek gerekir<sup>90</sup>. 5510 sayılı yasa kapsamına alınmış (tescil edilmiş) bir işyeri yoksa, tespiti konu olabilecek sigortalı çalışmaların da mevcudiyeti olmayacaktır. Tespit davasında, işyerinin yasa kapsamında olmadığı işverence öne sürülmekte ve bu durum Kurumca kabul edilmekte olsa da, bu husus sigortalıyı bağlayıcı olmayıp, aksini ispatlamaya yetkili olmasının yanı sıra<sup>91</sup>, mahkeme de, işyerinin yasa kapsamında olup olmadığını resen araştırmak zorundadır.

Öte yandan, 5510 sayılı yasa m.38/II uyarınca; malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları açısından sigortalılık süresi, on sekiz yaşının doldurulduğu tarihten itibaren başlayacağından<sup>92</sup>, on sekiz yaşından önceki sürelerin de tespit dışında kalması gerekmektedir. Ancak davacının talebi, sigortalılık sürelerinin yanı sıra "prim ödeme gün sayılarının tespitine" de<sup>93</sup> yönelik olursa, salt ikinci husus çerçevesinde, on sekiz yaşından önceki çalışma dönemine ilişkin incelemelerin yapılması gereklidir<sup>94</sup>. Esasen, maluliyet, yaşlılık ve ölüm sigortasından yararlanma koşullarının gösterildiği 5510 sayılı yasa m.26, 28 ve 32'de, belirli bir yaşa ulaşmak ve belirli gün sayısında prim ödemiş olmak veya belirli süre sigortalılık ve belirli gün sayısında prim ödemiş olmak aranmaktadır. Davacı, yaş koşulunu gerçekleştirmiş, ancak prim

<sup>88</sup> Y.10.HD. 2.2.1993, 1992/8055,1993/738(İş ve Hukuk Dergisi,1993-1994/238,s.36 vd)

<sup>89</sup> Y.10.HD.17.9.1996,7560/7003(YKD,1997/1,s.46 vd).

<sup>90</sup> Y.10.HD.29.12.1992, 4320/13317(YKD, 1993/4,s.536 vd.).

<sup>91</sup> Y.10.HD.7.6.1983,2810/3062(ÇENBERCİ,1985,s.518,no.120-e).

<sup>92</sup> Ancak 5510 sayılı yasanın geçici 6.m.si gereğince, 506 sayılı Kanuna göre 1/4/1981 tarihinden önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tescil edilmiş olanlar, 5510 sayılı yasanın 38 /II. maddesinin uygulanma alanı dışındadır.

<sup>93</sup> Sigortalıların günlük kazançlarının hesabında esas tutulan gün sayıları, aynı zamanda, bunların prim ödeme gün sayılarını gösterir(5510 m.80/h).

<sup>94</sup> Y.10. HD. 10.2.1994, 1993/8509, 1994/2139 (YKD., 199417, s.1089 vd).

koşulunu tam anlamıyla yerine getiremiyorsa; tespit edilecek "on sekiz yaş öncesi prim ödeme gün sayıları" da, böylece prim ödeme gün sayılarına ilave edilebilecektir.

Sigortalı, tespit davasında prim ödeme gün sayılarının gösterilmesini talep etmişse, Yargıtay'a göre: "Kurumun, geçmiş döneme ilişkin olarak tespit davası sonrası primleri tahsil etse de, kısa vadeli sigorta kollarından sigortalıya sağlayacağı bir hizmet bulunmayacağından, bu sigorta kolları yönünden prim ödeme gün sayılarının tespitine karar verilemez.<sup>95</sup> Bu sonuç, doktrinde, "kısa vadeli sigorta primlerinin tahsilinin ortadan kaldırılmasının, işverenin sebepsiz zenginleşmesine yol açtığı" gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>96</sup>. Gerçekten de, 506 sayılı yasaya ilişkin aynı kararda belirtildiği gibi, "506 sayılı yasanın 72. maddesi uzun ve kısa vadeli sigorta kolları için Kurumun prim almasını öngörmüştür/ ... Prim alacağına (da) sosyal Sigortalar Kurumuna ait bir hal olduğu açıkça anlaşılmaktadır... ".O halde, Yargıtay'ın buna rağmen, Kurumun yasadan doğan ve tüm sigorta kollarını kapsayan prim alacağı hakkını kısmen ortadan kaldırıcı bir karar vermesi, yerinde görülmemektedir.

Davacının, sigortalı niteliğini taşıdığı saptandıktan sonra, iddia doğrultusunda geçmiş hizmetlerin süresinin saptanması gerekmektedir. Davanın konusunu öncelikle "Kuruma bildirilmeyen çalışmaların tespiti" oluşturduğundan, mahkemece, o işyerinden bildirilmiş sürelerin açıkça saptanması ve tespitinde sigortalının hukuki yararı olmayan bu sürelerin, tespit dışı bırakılması gerekir<sup>97</sup>. Sigortalının aynı işverene ait birden çok işyerinde çalışmış olması ve bu işyerlerinden birinden/ birkaçından bildirilmiş çalışmalarda da, aynı durum söz konusu olacaktır<sup>98</sup>. Ayrıca, HUMK. m.74'de düzenlenen "taleple bağlılık ilkesi" uyarınca; sigortalının dava dilekçesinde tespitini talep etmediği sürelerin de, mahkemece resen tespitine karar verilmesi imkanı yoktur<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> Y.10.HD.29.12.1983, 7011/7693(ÇENBERCİ,1985,s.418 vd,no.3).(Not: aynı kararın tarihi, yazarın sözkonusu eserinin 542. Sayfasında 29.12.1980 olarak geçmektedir).

<sup>96</sup> SÖZER, s.76 vd.

<sup>97</sup> Y.HGK.19.3.1997,1996/21-940,1997/210(ERTÜRK, s.538 vd).

<sup>98</sup> Y. 10. HD. nin 24.12.1987,7428/7511 sayılı kararı : ". 3603133 no.lu işyerinden bildirilen ... çalışmalar nazara alınmadan ... davanın tümünden kabulü isabetsizdir ... " (Kamu-İş Dergisi., 1988/4, s.25).

<sup>99</sup> 10. HD. 8.1.1994, 1993/7090, 1994/1765 (Çalışma Hayatı İle İlgili Kararlar,Kamu-İş Yayını, Ankara 1996, s.683 vd).

Çalışmanın niteliğinin de belirlenmesi gerekmektedir. Sigortalı olarak geçtiği öne sürülen çalışmalar, kısmi süreli çalışma niteliğinde ise; işyerinin kapasitesi, niteliği, iş hacmi saptandıktan sonra, gerektiğinde bilirkişi düşüncesine de başvurulmak suretiyle, davacının günde kaç saat çalışmış olabileceği belirlenerek, iddia edilen tarihler arasında o kadar sürenin tespitine karar verilecektir<sup>100</sup>. Bundan başka, çalışmanın sürekli mi yoksa mevsimlik iş mi olduğu da, araştırılmak durumundadır<sup>101</sup>. Mevsimlik iş niteliğinde bir çalışma varsa, tespiti talep edilen döneme ilişkin olarak, tüm dönem açısından tespiti karar verilemeyecektir<sup>102</sup>.

Mahkeme, iddia edilen dönemdeki çalışmaların kesintili geçip geçmediğini de, inceleyecektir. Buna göre, tespit konusu dönemde davacıyla ilgili olarak başka işverenlere ait işyerlerinden de sigortalılık bildirim yapılmışsa, çalışmaların sürekli (kesintisiz) geçtiği kabul edilemez<sup>103</sup>. Böyle bir durumda, sigortalının Kurumdaki şahsi sicil dosyaları da getirilerek, inceleme yapılmalıdır<sup>104</sup>. Müteaddit işe giriş bildirgelerinden ve bordrolardan, işverence davacının Kuruma kesintili (kısmi) olarak bildirildiği anlaşılıyorsa, o işyerindeki çalışmaların sürekli değil; kesintili geçtiği kabul edilecektir<sup>105</sup>.

Öte yandan, Yargıtay'a göre, sigortalının tespitini istediği dönemlerin, başka işverenlere ait işyerlerindeki çalışma dönemleriyle de çakışmaması gerekmektedir. Bir kimsenin, aynı anda iki ayrı yerde birden çalışması imkanı yoktur<sup>106</sup>. Doğal olarak kısmi süreli çalışma, bu duruma girmemektedir.

<sup>100</sup> 10. HD. 8.6.1995, 5048/5358 (YKD., 1995/10, s.1563 vd.);Y. 10. HD. 15.12.1992, 7389/12310 (İş ve Hukuk Dergisi, 1993/234, s.35 vd.)

<sup>101</sup> Y. 10. HD. 4.5.1992,1991/14842,1992/4991 (İş ve Hukuk Dergisi, 1993/234, s.33).

<sup>102</sup> Y. 10. HD. nin 16.6.1987, 3656/3674 sayılı kararı: "... işyerinin konserve işi yapan mevsimlik işyeri olduğu sabittir. Davacının çalışmalarının parçalı olduğunu belirleyen kayıtların aksi kanıtlanmadan çalışmaların devamlı olduğunun kabulü doğru değildir ..." (Memduh YELEKÇİ,Notlu,İzahlı,İçtihatlı Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi ve Tüzük-Yönetmelikler, Ankara 1991, s.1514, no.2)

<sup>103</sup> Y.21. HD. 28.9.1995, 4754/4966 (İş ve Hukuk Dergisi, 1995-1996/250, s.31 vd).

<sup>104</sup> Y. 10. HD. 11.5.1993, 347/5230 (İş ve Hukuk Dergisi, 1993-1994/238, s.37 vd).

<sup>105</sup> Y.10. HD.10.9.1996,6811/6606 (YKD. 1996/10, s.1570 vd); Y.10.HD. 11.5.1993, 347/5230 (İş ve Hukuk Dergisi, 1993-1994/238, s.37 vd).

<sup>106</sup> Y. 10. HD. 27.9.1984, 4011/4305 ve Y. 10. HD. 3.2.1987,6867/6741 sayılı kararlar (A.Can TUNCAY, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1989, s.259).

Davacının bildirilmemiş çalışmalarının tespitine yönelik iddiasının, hayatın olağan (mutat) akışına da uygun olması gerekmektedir. Bu yöne ilişkin bir Yargıtay kararında, davacının, dava konusu somut olayda "kardeşine ait işyerinde sigortasız çalışmalarının bulunduğu"na yönelik iddiası, "kardeşlerin birbirlerinin sosyal güvenlik haklarını korumamasının düşünülemeyeceği; aksinin, hayatın olağan akışına ters düşeceği; dolayısıyla, davacının o işyerinde hiçbir çalışmasının olması gerektiği" sebebiyle, kabul edilmemiştir<sup>107</sup>.

Sigortalı, kural olarak, geçmiş hizmetlerini her türlü delil ile ispat edebilecektir<sup>108</sup>. Mahkemece, çalışmanın tespiti açısından, tespit konusu döneme ilişkin işyerindeki defterler, bordrolar, stopaj listeleri gibi tüm kayıtlar ile vergi dairesindeki muhtasar beyannameler, müfettiş tespit tutanakları ve ilgili resmi makamlardan, davacıya ilişkin kayıtlar getirtilerek incelenecektir<sup>109</sup>. Bu belgelerdeki (örneğin, işvereni tarafından işçiye verilmiş bonservis, kimlik kartı gibi) bilgilerden, davacının o işyerinde çalıştığı anlaşılıyorsa, söz konusu belgeler işvereni bağlayıcıdır<sup>110</sup>. Özellikle, kamu işyerlerinde idarenin ücret bordrolarında ve diğer belgelerinde tespiti konu çalışmaların kayıtlı olması asıldır. Zira, idare, ücret ödeyeceği çalışanları, mutlaka kayda almak zorundadır. Kayıtlarda çalışmalar gözüküyorsa, bunun sebebi, idareye sorulmak zorundadır<sup>111</sup>. Bunların yangın, sel, deprem gibi mücbir sebeplerle kaybı nedeniyle çalışmalar belirlenemiyorsa, idarenin şef, amir, müdür gibi yetkili kimseleri tanık olarak dinlenecektir<sup>112</sup>. İşyerindeki kayıtlarda grafolog bilirkişi incelemesi yapılarak, bunlarda davacının imza ve yazılarının bulunduğu belirlendiği takdirde, ayrıca

<sup>107</sup> Y. 10. HD. 7.10.1993,6397/10638 (İş ve Hukuk Dergisi., 1994/239, s.37 vd).

<sup>108</sup> Y.HGK.23.3.1994, 1993/10-976, 1994/161 (YKD. 1994/6, s.869 vd); Y. 10. HD. 21.10.1986, 5063/5356 (İş ve Hukuk Dergisi, 1987/181, s.31 vd). Delil vasıtaları, "ikrar (HUMK m.236); kesin hüküm (HUMK m.237); senet (HUMK m.287 vd.); yemin (HUMK m.377); tanık (HUMK m.245 vd.); bilirkişi (HUMK m.275 vd.); keşif (HUMK m.363 vd.) ve özel hüküm sebepleri (HUMK m.367)" dir (Ayrıntı için : KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.263 vd.). Ancak, yukarıda değinildiği gibi, hizmet tespit davasında, HUMK m.346 uyarınca işverene yemin teklif edilemeyecektir (Y. 10. HD. 4.5.1992, 1991114840, 1992/5001, İş ve Hukuk Dergisi, 1992/230, s.34 vd). Ayrıca, ikrar da, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı bu gibi davalarda, hakimi bağlayıcı değildir (KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.268).

<sup>109</sup> Y. 10. HD. 17.9.1996, 7560/7003 (Ajans Tüba, 1997/1111, Mevzuat kısmı, s.9); Y. 10. HD. 1.2.1994,8030/1336 (YKD., 1994/6, s.914 vd).

<sup>110</sup> Y.9.HD. 19.3.1996, 1995/36892, 1996/5635 (Tekstil İşveren Dergisi., 1996/200, s.16).

<sup>111</sup> Y. 10. HD.10.5.1993, 13209/5075 (İş ve Hukuk Dergisi, 1994/240, s.29 vd).

<sup>112</sup> Y. 21. HD. 17.10.1995,5040/5733, (İş ve Hukuk Dergisi, 1996/251, s.30 vd).

imza ve yazıların ilişkin oldukları tarihlerin de saptanması gerekmektedir<sup>113</sup>. Davacının imzasını taşıyan kayıtlardaki prim ödeme gün sayılarının, Kuruma bildirilenden fazla olması halinde, bunların tespitine karar vermek gerekir<sup>114</sup>.

Tanık olarak, davacıyla beraber çalışmış olan işyeri müdürü, şefi, amiri, ustabaşı, postabaşı gibi yetkililer ile diğer çalışanlar; komşu işyerlerinde çalışanlar ve o işyerini tanıyanlar, gerekirse resen saptanarak, dinlenecektir. Sadece tanık ifadelerinin doğrultusunda tespite karar verilmesi söz konusu ise, bu ifadelerin inandırıcı nitelikte olması gerektiğinden<sup>115</sup>, tanıkların dava konusu dönemde davacıyla birlikte çalışıp çalışmadıkları işyeri kayıtları ile teyit edilmeli; davacının çalışması ile ilgili bilgileri tanıkların nasıl elde ettiği belirlenmeli; tanıkların sigortalı çalışmaya yönelik ifadeleri ile işyerinin kapasitesi, niteliği karşılaştırılmalı; tanıkların işveren ve işçiyle, işyeriyle olan ilişkileri araştırılmalı; özellikle, çok uzun süre öncesine ait hizmetlere ilişkin bilgilerin tanıklarca nasıl olup da eksiksiz hatırlanabildikleri- bu durum, olayların mutlak akışına ve hayat tecrübelerine aykırı olduğundan- kendilerinden sorulmak suretiyle açıklığa kavuşturulmalıdır<sup>116</sup>. İşyeri kayıtları mevcut iken, salt tanık ifadeleri ile tespite karar vermek de mümkün değildir<sup>117</sup>. Tanık ifadelerinde ortaya konulan çalışmalar ile Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarının tutanakları arasında çelişki varsa, tutanaklar 5510 m.59/II uyarınca aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olacağından; tanık ifadeleri de kabul edilmeyecektir<sup>118</sup>. Tanıkların ifadeleri arasında çelişki varsa, bu çelişkinin de giderilmesi gerekmektedir<sup>119</sup>.

Yargıtay önceleri, sigortalının, imzasını taşıyan işe giriş bildirgesinde yazılı çalışmaya başlangıç tarihiyle bağlı olduğunu; bunun

---

<sup>113</sup> 10.HD. 24.12.1996,10939/11119 (Ajans Tüba, 1997/1120-1121, Mevzuat Kısmı, s.13).

<sup>114</sup> Y. 10. HD. 3.7.1997, 5167/5121 (YKD., 1997/11, s.1733 vd).

<sup>115</sup> " ...Tanık ifadeleri davacının iddiasını doğrulayacak güç ve nitelikte değilse, bu ifadelerini dışında yazılı delillerin de olması gerekir. Tek başına yetersiz tanık ifadeleri tespit için kabul edilemez ... " (Y. 10. HD. 11.3.1993, 1992/10141, 1993/2494 , İş ve Hukuk Dergisi., 1993/236, 8.37 vd).

<sup>116</sup> Y. 10. HD. 9.11.1992, 6744/10643 (YKD., 1993/2, s.212 vd); Y. 10. HD. 18.3.1993, 1992/12571, 1993/2828 (İş ve Hukuk Dergisi, 1993/237, s.34 vd).

<sup>117</sup> Y. 10. HD. 13.11.1995,9220/9565 (Tekstil İşveren Dergisi, 1996/196, s.20)

<sup>118</sup> 10. HD. 7.4.1993, 1992/1370,1993/3353,(YKD., 1993/7, s.1020 vd)

<sup>119</sup> Y. 10. HD. 29.12.1992, 4320/13317 (YKD., 1993/4, s.536 vd).

aksini eşdeğer delil ile ispat etmesi gerektiğini kabul etmekteyken<sup>120</sup>; sonrasında görüşünü değiştirmiş ve işe giriş bildirgesinin, sigortalının imzasını ve ona ilişkin kimlik bilgilerini taşıyan "birinci kısmı" ile sigortalının bağlı olduğunu; işe başlangıç tarihini gösteren ve sadece işverenin imzasını taşıyan "ikinci kısmı" ile ise, sigortalının bağlı olmadığını; bildirgedeki tarihin aksini, tanık ile de ispatlayabileceği sonucuna varmıştır<sup>121</sup>. Daha sonra tekrar bu görüşünden ayrılarak, ilk görüş doğrultusunda, sigortalının, imzasını taşıyan işe giriş bildirgesi ve bordolardaki çalışma sürelerinin, dolayısıyla işe başlangıç tarihinin aksini, yalnızca yazılı belgeyle ispat edebileceğini kabul etmiştir<sup>122</sup>. Doğal olarak, sigortalı, kendi imzasını taşıyan bildirgedeki çalışmaya başlangıç tarihinin, işverenin kendisini işten çıkartmaya yönelik tehdidi (ikrahı) (Borçlar Kanunu m.29 vd) sonucu, iradesi hilafına yazılmış ve imzalanmış olduğunu kanıtlarsa; bu takdirde, HUMK m.293/V uyarınca, tanık delilinden yararlanması da mümkün olacaktır<sup>123</sup>.

Sigortalının işten ayrılış tarihinin, sigortalının imzasını (veya yazısını) taşıyan bir belgede yer alması halinde (örneğin, akdi feshettiğini ve nedenlerini açıklar tarzda işverene bıraktığı veya gönderdiği bir yazı), o tarihten sonraki çalışmaların varlığını, sigortalı, eşdeğer delillerle ispat etmek zorundadır. Bu yönde bir eşdeğer delile örnek olarak, ceza mahkemesince verilen ve sigortalının belirli bir tarihte o işyerinde çalıştığına ilişkin mahkûmiyet kararı gösterilebilir. Borçlar Kanunu m.53 uyarınca ceza mahkemesinin saptadığı maddi olgular,

---

<sup>120</sup> Y.10. HD. 8.11.1982, 4216/4877 (ÇENBERCİ, 1985, s. 518, no.122-b); Y.10. HD. 28.6.1983,3163/3513 (ÇENBERCİ, 1985, s. 518, no.122-a).

<sup>121</sup> Y. 10. HD. 21.10.1986, 5063/5336 (İş ve Hukuk Dergisi, 1987/181, s.31 vd); Y.10. HD. 5.5.1992. 14866/5060 (İş ve Hukuk Dergisi, 1992/231. s.35 vd).

<sup>122</sup> Y. 10. HD. 10.9.1996, 6811/6606 (Ajans Tüba, 1997/1109, Mevzuat Kısmı, s.17); Y.21.HD.28.9.1995, 4754/4966 (İş ve Hukuk Dergisi, 1995-1996/250, s.31 vd). Y.9. HD.nin işçi alacaklarıyla ilgili olarak açılmış bir davada vardığı sonuç da, aynıdır : " ...tespiti isteyen işçinin imzasının bulunduğu işe giriş bildirgesinde ve ayrıca iş müfettişince yapılan denetim sonucu hazırlanan raporda işçinin işe giriş tarihi belirlenmiş ise, salt tanık ifadeleriyle davacının bu yazılı belgelerdeki işe giriş tarihinden daha önce çalışmaya başladığı bir tarih kabul edilemez ... " (Y..9.HD. 3.2.1997, 1996/18849, 1997/1640 : Çimento İşveren Dergisi., 1997/2, s.35).

<sup>123</sup> Y. 10. HD. 8.11.1982, 4216/4877 (ÇENBERCİ, 1985, s. 518, no. 122-b) .. Öte yandan, işverenin resmi (kamu) işvereni olması durumunda, sigortalıya ilişkin resmi işe giriş bildirgesinde işe başlanılan tarih açıkça gösterilmişse; sigortalının imzası olmasa dahi, daha önceki bir tarihte işe giriş yapıldığı hususu, tanıklar vasıtasıyla ispat edilemeyecektir (Y. 9. HD.14.1.1997, 17445/119, Ajans Tüba, 1997/1110, Mevzuat Kısmı, s.8).

hukuk hakimini bağlayıcı niteliktedir<sup>124</sup>. Bundan başka, sigortalının imzasını taşıyan ibra belgesindeki sürelerin dışında kalan çalışmalarının bulunduğu da, tanık ile ispatlanamaz<sup>125</sup> Ancak, aksi yönde eşdeğer nitelikte bir delil varsa, -örneğin sigorta denetim memuru tutanağı gibi- söz konusu ibranamenin de bağlayıcılığı kalmayacaktır<sup>126</sup>.

Sigortalının daha önceden işvereni aleyhine açtığı ve işçilik alacaklarına ilişkin davada verilen karar, yine aynı işveren aleyhine açtığı hizmet tespiti davasına konu olan çalışma sürelerini de içermekte ve kesin hüküm haline gelmiş ise; işçilik alacaklarına ilişkin ilam, bu yönden "mahkeme, sigortalı ve işveren açısından" kesin delil niteliğiyle bağlayıcı olacaktır. Mahkeme de, ilama konu dönemdeki çalışma sürelerinin üzerinde çalışmaların tespitine karar veremeyecektir<sup>127</sup>. Ancak, önceden açılmış ve işçilik alacağına yönelik bir tahsili davası sonunda işveren aleyhine alınmış ilam, o davada taraf olmadığı için Kurum aleyhine kesin delil oluşturmayıp, sadece güçlü delil niteliğini gösterecektir<sup>128</sup>.

### 3-Sigortalı Kazançlarının Tespiti Açısından

Mahkeme, sigortalı çalışma sürelerinin tespitinde olduğu gibi, kazanç miktarının tespitinde de, işverenin ikrarıyla bağlı olmadığından, kazanç konusunu resen araştıracaktır<sup>129</sup>.

Sigortalının çalışma sürelerine ilişkin olarak kazançlarının tespitinde; işyerinde bu hususta mevcut kayıtlar varsa, incelemenin öncelikle bu kayıtlar, bordrolar, defterler esas alınarak yapılması

---

<sup>124</sup> Y. 10. HD. 15.12.1992, 1991/5164, 1992/12234 (TÜHİS Dergisi.,1993/1, s.41 vd); Y. 10. HD. nin 10.9.1996, 6811/6606 sayılı kararına göre de (Ajans Tüba, 1997/1109, Mevzuat Kısmı ,s. 12); " ... prim tahakkuk cetvellerinde davacının işyerinden çıkışı 5.1.1993 olarak gösterilmişse de, davacının kesinleşmiş bir ceza davası mahkumiyet kararı içeriğinde ... 24.1.1993 tarihinde de işyerinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu yönden, işyerinden ayrılış tarihine ilişkin Kurum kayıtlarının aksi, eşdeğer delillerle saptanmıştır... ".

<sup>125</sup> Y.10.HD.30.3.1984(ÇENBERCİ,1985,s.513,no.106)

<sup>126</sup> Y.10.HD.6.3.1984(ÇENBERCİ,1985,s.513,no.107).

<sup>127</sup> Y.10.HD.13.5.1993, 1992/12322,1993/5305(İş ve Hukuk Dergisi,1994-1995/244,s.30 vd).Ayrıca ŞAKAR,1988 Değerlendirilmesi,s.217'de belirtilen kararlar.

<sup>128</sup> Y. 10. HD. 10.9.1996, 7554/6607 (YKD.,1996/11.8.1741 vd).

<sup>129</sup> Y. 10. HD. 2.2.1993, 1992/8055,1993/738 (İş ve Hukuk Dergisi, 1993-1994/238.s.36 vd).

gerekmektedir. O halde, ödenen ücretleri gösteren ve sigortalının imzasını taşıyan ve fakat ihtirazi kayıt öne sürmediği bordrolar varsa, bu bordrolarda yazılı olan ücret miktarlarının tespitine karar verilecektir. Aksinin ispatı, hata, hile, ikrah gibi iradeyi bozucu hallerin varlığı dışında, tanık ile ispat edilemeyecektir<sup>130</sup>. Sigortalının ihtirazi kayıtla imzaladığı ücret bordrolarının varlığı halinde, sigortalının fazlaya ilişkin ücret miktarını tespit açısından tanık dinletmesi mümkündür. Aynı durum, ücret ödemesinin hiç kayda geçmemesi açısından da geçerlidir. Ancak HUMK m.288'e göre, belirli miktarı aşan hukuki işlemlerin senetle ispatı gerektiğinden, anılan hükümdeki sınırı aşan ücret miktarlarının tanık ile ispatı yoluna gidilemeyecek; yazılı delil gösterilmesi zorunluluğu doğacaktır<sup>131</sup>. Bununla birlikte, HUMK m.288'de öngörülen sınırı aşan ücret ödemelerinin tanık ile ispatı, sigortalının HUMK m.292 uyarınca "yazılı delil başlangıcı" sayılabilecek ödeme belgeleri ibraz etmesi halinde, söz konusu olabilecektir<sup>132</sup>. Örneğin, sigortalının üyesi olduğu sendikanın aidat makbuzlarında gösterilen bir günlük çıplak ücret miktarı, yazılı delil başlangıcı niteliğindedir<sup>133</sup>.

İşverence tutulan defterlerde yazılı ücret ödemeleri de, onun tarafından tek yanlı olarak düzenlendiği için, sigortalı lehine olmak kaydıyla, delil niteliğini taşıyacaktır.

Kayıtlar ve tanıklar vasıtasıyla tespit edilmiş ücretler, 5510 sayılı yasanın 82/I. M.sinde gösterilen günlük kazanç alt sınırının altında olamayacaktır<sup>134</sup>. Doğal olarak, hizmet akdiyle çalışanlara 4857

---

<sup>130</sup> Y. 10. HD. 14.2.1995, 1099/1347 (İş ve Hukuk Dergisi, 1995/249, s.30 vd). Aynı yöndeki bir 9. HD. Kararı : 30.9.1996, 6764/18058 sayılı karar (Tekstil İşveren Dergisi, 1996/206,s.14).

<sup>131</sup> Y. HGK. 17.11.1993, 10-499/720 (YKD., 1994/1. s.14 vd); Y. 10. HD. 29.4.1993. 12055/4527(İş ve Hukuk Dergisi, 1995/246, s.15).

<sup>132</sup> YHGK. 23.3.1994, 1993/10-976, 1994/161 (YKD., 1994/6, s.869 vd); Y. 10. HD. 23.12.1991, 12704/11424 (YKD. 1992/2, s.221 vd). Bir belgenin yazılı delil başlangıcı sayılabilmesi için, öncelikle yazılı bir belge bulunmalı; bu yazılı belge, aleyhine ileri sürülen kimsece verilmiş olmalı ve iddianın tam olarak ispatını sağlayamamakla birlikte, iddianın vukuuna delalet etmelidir (KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 291).

<sup>133</sup> Y. 10. HD. 14.2.1995, 1099/1347 (İş ve Hukuk Dergisi, 1995/249. s.30 vd).

<sup>134</sup> Y. 10. HD . nin 10.3.1980,974/1761 sayılı kararına göre de; " .. Günlük kazançların alt sınırını belirleyen SSK.m. 78/1 belirgin olarak kamu düzenine ilişkindir ve mutlak buyurucu niteliğiyle de mahkemece kendiliğinden göz önünde tutulması gereklidir" (ÇENBERCİ,1985,s. 452, no.2).

sayılı İş K.m.39 ve 1.8.2004 tarihli Asgari Ücret Yönetmeliği'nin 12. m.si uyarınca yasal asgari ücretin altında ödemede bulunulamayacağından, kazanç alt sınırının asgari ücret altında olması halinde, kazancın, asgari ücret üzerinden tespitine karar verilecektir. Diğer yandan, 5510 sayılı yasanın 82/I. m.sinde ön görülen alt sınır, tam iş günü çalışmalarına ilişkin olduğundan, kısmi süreli çalışmanın varlığı halinde, alt sınır üzerinden ücretlerin tespitine karar verilemez<sup>135</sup>. Böyle bir halde, görülen işin hacmi; niteliği; bu işler için ne kadar süre çalışmak gerekeceği bilirkişi aracılığıyla belirlenerek; ücretin buna göre saptanması gerekmektedir<sup>136</sup>.

## VII. Mahkeme Kararının Hukuki Sonuçları

Sigortalının açtığı davanın sonunda, mahkemece sigortalı hizmetlerin varlığı ve kazanç toplamları tespit edildiyse; 5510 sayılı yasa m.86/IX'a göre, ilamda gösterilen prim ödeme gün sayıları ve aylık kazançlar toplamı sigortalılık hakları açısından dikkate alınacaktır.

Kurum, sigortalılar hakkında gerekli işlemleri ve primlerin tahsilini, verilen prim ve hizmet belgeleri vasıtasıyla yerine getirebildiğinden, ilam, bu amaca da hizmet etmek üzere "verilmeyen prim ve hizmet belgelerinde(5510 sayılı yasa m.86/I) bulunması gereken bilgileri"<sup>137</sup> içermek zorundadır<sup>138</sup>. O yüzden ilamda, çalışılan günler ile kazanç tutarları açıkça gösterilmelidir<sup>139</sup>. Mahkeme ilamında ücretler bakımından hüküm kurulmamışsa, sonradan sigortalının talebi üzerine, eksikliğin ek bir karar ile tamamlanması da mümkündür<sup>140</sup>.

İlamda, Kuruma bildirilmeyen hizmetler tespit edilmekle birlikte, davacının talebine rağmen sürelerin bir kısmının kararda yer almaması halinde, bu süreler mahkemece zımnen reddedilmiş sayılacak

<sup>135</sup> Prime esas kazançların hesaplanmasıyla ilgili olarak bu yöne değinilen bir karar : Y.9. HD, 9.10.1978, 13513/12075 (İşveren Dergisi, 1979/9,s.15 vd).

<sup>136</sup> Y.10. HD. 8.6.1995, 5048/5358 (YKD. 1995/10, s.1563 vd); Y.10. HD. 15.12.1992,7389/12310 (İş ve Hukuk Dergisi, 1993/234, s.35 vd).

<sup>137</sup> 5510 sayılı yasanın 86/I'inci m.sine göre; aylık prim ve hizmet belgeleri, sigortalıların;ad ve soyadlarını, T.C. kimlik numaralarını, 80 inci maddeye göre hesaplanacak prime esas kazançlarını,prim ödeme gün sayıları ile prim tutarlarını içermek zorundadır.

<sup>138</sup> Y.10.HD.26.10.1981,4952/5465(ÇENBERCİ,1985,s.522,no.151)

<sup>139</sup> Y.10.HD.19.1.1981,7196/84(ÇENBERCİ,1985,s.523,no.157)

<sup>140</sup> Y.10.HD.15.11.1983,5170/5781(ÇENBERCİ,1985,s.516,no.118-b)

ve eğer sigortalı tarafından temyiz de edilmemişse, kesin hüküm nedeniyle ilam dışı kalmış bu süreler hakkında tekrar dava açılması ise, mümkün olmayacaktır<sup>141</sup>.

Kurumun mahkeme ilamı doğrultusunda sigortalılık hakkının tescili ile, işverenden geçmiş dönemlere ilişkin primlerin sigortalı payı da dahil olmak üzere tahsilini sağlaması gerekmektedir<sup>142</sup>. Primlerin işverenden tahsili yönünde, Kurum, işverene tebligat yaparak, ilamda gösterilen sigortalı çalışmalara ilişkin prim ve hizmet belgelerinin düzenlenmesini; primlerin gecikme cezası ve zammıyla birlikte ödenmesini isteyecektir. Ayrıca, hizmet tespit ilamında yazılı sigortalılara ait olup da, zamanında verilmemiş olan prim ve hizmet belgeleri için, belgenin asıl veya ek nitelikte olup olmadığı dikkate alınmaksızın, 5510 sayılı yasa m.102/c-4 uyarınca, asgari ücretin 3 katı tutarında idari para cezası uygulanacaktır. Kurumun prim ve diğer alacakları süresi içinde ve tam olarak ödenmezse, ödenmeyen kısmı sürenin bittiği tarihten itibaren ilk üç aylık sürede her bir ay için % 3 oranında gecikme cezası uygulanarak artırılmakta; ayrıca, her ay için bulunan tutarlara ödeme süresinin bittiği tarihten başlamak üzere borç ödeninceye kadar her ay için ayrı ayrı Hazine Müsteşarlığınca açıklanacak bir önceki aya ait Yeni Türk Lirası cinsinden iskontolu ihraç edilen Devlet iç borçlanma senetlerinin aylık ortalama faizi bileşik bazda uygulanarak gecikme zammı uygulanmaktadır(5510 m.89/II). Prim borcu ve idari para cezası yapılan tebligata rağmen süresinde ödenmediği takdirde, Kurumun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacakları,6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci, 102 nci ve 106 ncı maddeleri hariç, diğer maddeleri uygulanmak suretiyle cebren tahsil edilecektir(5510 m.88/XIII).

Söz konusu Kurum alacaklarının tahsili, Kurumca resen yerine getirilmek zorundadır<sup>143</sup>. Prim alacaklarının tahsili için en geç bir yıl içinde icra yoluna başvurmayan Kurum yetkili personeli hakkında, genel hükümlere göre Kurumca kovuşturma yapılacaktır(5510 m.88/XVI). Kurum tahsilata yönelik yükümlülüğünü ihmaliyle yerine getirmezse, sigortalı, uğrayacağı zararlardan dolayı (örneğin, yaşlılık

---

<sup>141</sup> Y.10.HD.22.10.1991,5668/8221(İş ve Hukuk Dergisi,1992/227,s.34 vd)

<sup>142</sup> Y. 10. HD. 26.9.1991, 4998/7272 (KURUCU, s.350).

<sup>143</sup> Y. 10. HD. 26.5.1992, 1991/9975,1992/5961 (YKD., 1992/11,s.1715 vd).

aylığının geç bağlanması nedeniyle uğranılacak zarar) Borçlar Kanunu m.41 çerçevesinde tazminat davası açma yoluna da gidebilir.

Primlerin tahsili bakımından, prim alacaklarının 5510 sayılı yasa m.93/II uyarınca, on senelik zamanaşımına uğramamış olması da gerekmektedir. Aksi halde, zamanaşımına uğramış prim borcunu, sigortalılık haklarından yararlanmak için, sigortalı ödemek zorunda kalacaktır<sup>144</sup>. Ancak burada bir ayırım yapmak mümkün gözükmemektedir. 5510 s.11 yasadaki önce 506 sayılı yasadaki çoğu sigorta kolunda Kurum ediminden yararlanmanın belirli gün sayısınca "sigorta priminin ödenmiş" olması şartına açıkça bağlı kılınması nedeniyle(örneğin, yaşlılık aylığından yararlanma) primi Kuruma ödenmemiş sürelerin, prim ödeme gün sayısı bakımından sigortalılık haklarından yararlanma koşullarında dikkate alınmaması gerekmektedir<sup>145</sup>. 5510 sayılı yasa m.86/IX'da, "...mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır" ifadesi kullanılmışsa da, sigortalının ilamdaki prim ödeme gün sayılarının edimlere hak kazanma koşulları bakımından dikkate alınması için, artık primlerin işverence ödenmiş olup olmaması önem taşımayacaktır. Çünkü, 5510 sayılı yasadaki edimlere hak kazanma için "sigortalı primlerinin Kuruma bildirilmiş olması" yeterli olacaktır(örneğin, yaşlılık aylığına dair 5510 sayılı yasa m.28), bunların fiilen Kuruma ödenmiş olmaması, önem taşımayacaktır. Ancak bunun için gerçekleşmesi gereken temel koşul, sigortalının prime esas çalışmalarının Kuruma bildirilmiş olmasıdır. Kuruma sigortalı primleri bildirilmemişse, artık hizmet tespit davası sonucu alınan ilama göre primlerin işverenden tahsili veya zamanaşımına uğramış primler varsa, bunların sigortalı tarafından Kuruma ödenmesi koşuluyla sigortalı edimlerden yararlanabilecektir. Bununla birlikte, primi ödenmemiş, primler zamanaşımına uğramış ya da işverence Kuruma primler bildirilmemiş de olsa, tespiti konu sigortalı çalışma sürelerinin, edime hak kazanma koşulları yönünden yasadaki aranan sigortalılık süreleri<sup>146</sup> bakımından(örneğin, 5510 sayılı yasa m.32'de ölüm aylığı yönünden aranan "en az 5 yıldan beri sigortalı

<sup>144</sup> Teoman OZANOĞLU, "Yaşlılık Sigortası ve Uygulanmasından Doğan Davalar", Çimento İşveren Dergisi., 1988/1, s.8.

<sup>145</sup> Bu yöndeki bir karar: Y.10. HD. 13.4.1981.,608/2253 (İşveren Dergisi,1981/11, s.19).

<sup>146</sup> Aylık ve gelir bağlama işlemlerinde dikkate alınan sigortalılık süreleri, sigortalılığın başlangıç tarihi ile sigortalının aylık veya gelir bağlanması için yazılı istekte bulunduğu, aylık veya gelir bağlanması için istekte bulunmayan sigortalılar için ise ölüm tarihi arasında geçen süredir(5510 m.38/III).

bulunma" süresi bakımından) göz önüne alınacağı açıktır. Sigortalılık süresinin dikkate alınmasında, priminin ödenmiş veya bildirilmiş olmasının şart kılındığı bir hüküm, 5510 sayılı yasada yoktur<sup>147</sup>.

İşveren, kendisinden tahsil edilen geçmiş döneme ilişkin prim borcundan dolayı, hissesi oranında sigortalıya rücu etmek imkanına sahiptir<sup>148</sup>. Bunun için, Kuruma ödemediği primleri, sigortalının ücretinden kesmemiş olması gerekmektedir de, sigortalıyı bildirmeme açısından kusurlu davranmış olması da şart değildir<sup>149</sup>. Ancak, işverenin, sigortalıyla sözleşmesinde prim hissesini ödemeyi de üstlenmemiş olması gerekmektedir<sup>150</sup>.

Son olarak, söz konusu tespit davası sonunda, 5510 sayılı yasa m.11 kapsamında bildirim yapılmamış bir işyerinin varlığı da tespit edilmiş olduğundan, ilam doğrultusunda o işyerinin Kurumca resen tescili yoluna da gidilecektir.

### VIII. Sonuç

Sigortalılığın doğal sonucu, Kurumun sosyal güvenceye ilişkin edimlerinden yararlanmaktır. Ancak edimlerden yararlanmanın yasal koşullarının da gerçekleşmiş olması gerekir. Bunların başında belli süre sigortalı olmak ve prim ödemek gelmektedir. Kişi fiilen çalışmaya başlamakla sigortalı statüsünü kazanmakla birlikte, bu çalışma olgusunun, çalışma süresinin, prim ödenme durumunun edimleri sunacak olan Kurumun kayıtlarına da girmesi zorunludur. Çeşitli nedenlerle, gerek sigortalının bilgisi dahilinde, gerekse bilgisi dışında, sigortalılık durumunun Kuruma bildirilmediği ya da eksik bildirildiği görülmektedir.

---

<sup>147</sup> 506 sayılı yasaya ilişkin olarak verilmiş bir karara göre de "SSK.m.79/V ... primlerin ödenmemesi durumunda ilamdaki sürenin sigortalılık süresinden sayılmayacağına dair bir ön koşul getirmemiştir " (Y.10. HD. 28.12.1982, 5118/6032 (ÇENBERCİ, 1985, s. 521, no.139).

<sup>148</sup> SÖZER, s.78; ÇENBERCİ, 1985, s. 509.

<sup>149</sup> Y. 10. HD. 20.1.1983, 6016/141 (ÇENBERCİ, 1985, s. 541, no.7). Aksi görüşteki ÇENBERCİ'ye göre ise; kusurlu işveren, sigortalıya rücu edememelidir (ÇENBERCİ, 1985, s. 543, no.15).

<sup>150</sup> Kesintisiz 'net' ücret sözünden ücrete terettüp eden bütün kanuni vergi ve giderlerin işveren tarafından üstlenildiği anlamı çıkmaktadır. Hukuki durum böyle olunca ... , sigorta primlerinin de ....işveren tarafından ödenmesi gerekir ... " (Y.9.HD. 28.11.1963, 426/1549, CUHRUK/ÇOLAKOĞLU/BÜKEY, s.882, no. 1090).

Gerçek durumun tespiti, esasen Kurumun işyerlerindeki denetimleri sonucu sağlanabilmekteyse de, sigortalıya da mahkeme kararıyla bildirilmeyen çalışmalarını tespit ettirme imkanı, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununda olduğu gibi, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunuyla tanınmıştır.

Bildirilmeyen hizmetlerin tespiti, 5510 sayılı yasada aslında primi ödenmemiş çalışmalar üzerine dayalıysa da, 506 sayılı yasadaki farklı olarak Kurum edimlerinden yararlanmak için Kuruma prim durumunun işverence bildirilmesi yeterli görülmüş, fiilen ödenmiş olması aranmamıştır. Prim durumu doğrudan sonra bunun tahsili zaten Kuruma ait bir görev ve yetkidir ve bu yükümlülüğün yerine getirilememesinin olumsuz sonuçlarının, Kurum ile işveren arasında kalan sigortalı üzerinden atılması, yerinde olmuştur. Ancak primlerin bildirilmemesi durumunda, artık edimlerden yararlanma için prim durumunun(çalışma sürelerinin, kazançlarının) mahkeme kararıyla belgelenmesi zorunluluğu doğmaktadır.

Tespit davasının açılması için genel şartlar, kesin hükmün olmaması ve hukuki yararın varlığıdır. Görevli mahkeme 5510 sayılı yasayla açıkça gösterilmiş, ancak yetkili mahkeme aynı yasada belirtilmediğinden, İş Mahkemeleri Kanunu'nun atıf yaptığı Hukuk Usulü Mahkemeleri kanununun yetkiye ilişkin hükümleri devreye girmektedir.

Davayı kural olarak sigortalılar açabilirse de, mevzuatımızda açıkça hak tanınmamasına karşın, Yargıtay kararlarında bu hak mirasçılara da tanınmıştır. Davalı sıfatını aslında işveren taşıyacak olsa da, Yargıtay kararlarında işverenle birlikte Kuruma da dava açılması zorunlu tutulmakta; böylece Kurum açısından yasadaki doğmayan bir zorunlu dava arkadaşlığı gerçekleşmektedir. Aynı durum, işyerinin devrinde eski ve yeni işverenin zorunlu olarak davalı gösterilmesinde de söz konusudur.

Davanın açılması, kanımızca hak düşürücü nitelikte sayılabilecek, 5 yıllık bir süreye bağlıdır. Öte yandan Yargıtay kararlarında hak düşürücü sürenin işlemesi bakımından kamu(resmi)-özel işyeri ayrımı yapılmaktadır ki, yasalarımızda bu yönde bir hüküm yoktur.

Yargılama aşamasında, Yargıtay, sigortalılık durumunun, kazançların ve prim sürelerinin tespiti için, kamu düzeni gereğince,

mahkemelerce çok sıkı inceleme yapılmasını istemekte; tespit davasındaki yargılama usulünü, özellikle ispat yönünü, ayrıntılı ve önemli çok sayıdaki kararıyla yönlendirmektedir.