

# HİZMET TESPİTİ DAVALARINDA SENETLE İSPAT

**Prof. Dr. Mahmut Kabakcı<sup>1</sup>**

## I. GİRİŞ

Yargıtay bozma ilamlarından yola çıkarak iş mahkemelerinde sosyal güvenlik hukukuyla ilgili görülen davaların üçte birinin sigortalı hizmetlerin tespiti konulu olduğu söylenebilir. Bu kararlardan iki çıkarımda bulunmak mümkündür. İlki, kayıt dışı istihdam ülkemizde hala çok yaygındır. İkinci ise, kayıt dışı istihdam olarak Kuruma bildirilmiş olmakla birlikte aylık hizmet gün sayıları ve özellikle de prime esas kazancı eksik, genelde asgari ücret olarak bildirilen sigortalı sayısı, en az hiç sigortalı bildirim olmayanlar kadardır, hata daha fazladır. Bu ikinci tip kayıt dışılığa karşı 2008 yılında İş Kanunu'nun 32. maddesinde yapılan değişiklik ile ücretlerin banka kanalı ile ödenmesi zorunluluğu getirilmiş ve 2016 yılında vergi ve sosyal sigorta bildirimini "muhtasar ve prim hizmet beyannamesi" olarak birleştirilmiştir (uygulama başlangıcı 01.07.2020). Ücretlerin banka kanalı ile ödenmesi zorunluluğunun on yıldan uzun uygulamasından, bu zorunluluğun işverenlerin eksik gün ve kazanç bildirimleriyle ilgili bir caydırıcılığının olmadığı, fiili ücretin asgari ücreti aşan kısmının elden ödemeye devam edildiği, dolayısıyla muhtasar ve prim hizmet beyannamesi uygulamasının da bir çözüm olmayacağı, hizmet tespiti davalarının ülkemiz yargısının her zaman gündeminde kalmaya devam edeceği söylenebilir.

Bu ülke gerçeğinden, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda sigortalı hizmetlerin tespiti davasının, sosyal güvenlik hakkının hayata geçirilmesindeki önemi yadsınamaz<sup>2</sup>. Çünkü kayıt dışı istihdama karşı Kurum denetiminin çözüm olması uygulamada adeta istisnadır, dolayısıyla Kuruma ya hiç bildirilmeyen ya da eksik hizmet gün sayısı ve prime esas kazanç üzerinden bildirilen çok sayıdaki sigortalının uzun vadeli sigorta edimlerinden eksiksiz yararlanabilmelerinin tek yolu, hizmet tespiti

<sup>1</sup> İTÜ İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi, mkabakci@itu.edu.tr (Orcid Id: 0000-0003-1261-8310)

<sup>2</sup> Yücel, Merve, "Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2016, s. 77; Ermumcu, Senem, "Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Hizmet Tespitinde Prime Esas Kazançların İspatı" Çalışma ve Toplum, 2021/2 (69), s. 900.

davasıdır. Hizmet tespiti davası hakkında hem 506 hem de 5510 sayılı Kanundaki düzenleme çok genel içerikte olduğu halde, Yargıtay anayasal sosyal güvenlik hakkının amaçlarına ve bu alanda geçerli zorunluluk ilkesinin gereklerine uygun, ayrıntılı içtihatları ile bu davaların uygulamada gerçek bir güvence olmasını sağlamıştır. Yüksek Mahkemenin hak düşürücü sürenin uygulanışına, yargılamanın kapsamı ve ispata ilişkin isabetli içtihatları sayesinde bir yandan sigortalıların hak kayıpları giderilmekte, diğer yandan kötüniyetli uygulamalar ile gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinmeler önlenmektedir. Yargıtay önüne gelen davaları öylesine titizlikle incelemektedir ki hizmet tespiti davalarına ilişkin çok sayıda bozma ilamı, aynı ilk derece mahkemesinin aynı davada verdiği ikinci kararın, bozma gerekçelerini karşılar nitelikte olmaması gerekçesine dayanan ikinci bozmadır.

İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneğinin “Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018” toplantısında sunduğumuz tebliğde, yüksek mahkemenin hizmet tespitiyle ilgili içtihatlarına genel olarak iştirak etmiş; ancak prime esas kazanç düzeyinin senetle ispatının aranması uygulamasını eleştirmiştik<sup>3</sup>. Çünkü prime esas kazanç düzeyinin çekişmeli olduğu davaların tümünde Yargıtay 10. ve 21. Hukuk Dairelerinin kararlarında şablon olarak geçen “Davanın niteliği gereği, çalışma olgusunun her türlü delille ispatlanabilmesine karşılık ücretin ispatında bu denli bir serbestlik söz konusu değildir. Çalışma olgusunun her türlü delille kanıtlanması olanağı bulunmakla birlikte; Hukuk Genel Kurulu’nun 2005/21-409 Esas, 2005/413 Karar sayılı kararında da belirtildiği üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 288. maddesindeki yazılı sınırları aşan ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır” tespiti<sup>4</sup>, bu davalarda delillerin toplanmasında resen araştırma ilkesinin uygulanmasını gerektiren kamu düzenini ilgilendiren niteliğine<sup>5</sup> uygun düşmektedir. Söz konusu tebliğde değerlendirmemizi prime esas kazanç düzeyinin tespitinde HMK’daki senetle ispat kuralının mutlak bir içerikte uygulanamayacağı, davanın konusu itibarıyla prime esas kazanç düzeyi dahil her türlü delille ispatın mümkün olduğu, ancak senet niteliğindeki delillerin öncelikli olarak değerlendirilmesi gerektiği temennisi ile tamamlamıştık<sup>6</sup>.

Bu tebliğden sonra Yargıtay nezdinde konuyla ilgili gelişmeler, bizi bu konuyu ayrıntılı olarak yeniden incelemeye sevk etmiştir. Çünkü Yargıtay 10. ve 21. Hukuk Daireleri prime esas kazancın ispatında senetle ispat kuralının uygulanacağı görüşünü destek için atıfta bulunduğu Yargıtay Hukuk Genel

<sup>3</sup> Kabakcı, Mahmut, “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018 (Değerlendirme 2018), 2021, s. 472-480.

<sup>4</sup> Çok sayıda karardan biri YHGK 22.03.2017 E. 2014/2384 K. 2017/522.

<sup>5</sup> Ermumcu, s. 911.

<sup>6</sup> Kabakcı, Değerlendirme 2018, s. 478-479.

Kurulu (HGK), içtihat değişikliği anlamına gelebilecek, tespit edebildiğimiz 26.03.2019 (2) ve 09.07.2020 tarihli üç karar vermiştir. HGK ilk iki kararında “davanın prime esas kazancın tespiti davası olarak nitelendirilen ve resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu, kamu düzenini ilgilendiren bir dava türü olduğu dikkate alındığında, mahkemenin prime esas kazancı belirlerken, 1086 sayılı HUMK’nun 288’inci ve 292’nci (6100 sayılı HMK’nın 200’üncü ve 202’nci) maddelerindeki belge (senet) ile ispat kuralları ile bağlı olmaksızın resen topladığı deliller çerçevesinde değerlendirme yapması yerindedir”<sup>7</sup> ve üçüncü kararında da “Mahkemenin direnme gerekçesinde belirttiğinin aksine prime esas kazancın tespiti davalarında yazılı delille ispat kuralının uygulanmayacağı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 04.10.2019 tarihli ve 2018/1 E.,2019/5 K. sayılı kararında şu gerekçelerle açıklanmıştır... Bu durumda prime esas kazancın tespiti davaları her türlü delille ispatlanabileceğinden... senetle ispat kuralına değinen ve iddianın yazılı delille kanıtlanmadığı gerekçesiyle davanın reddine dair verilen direnme kararı hatalıdır”<sup>8</sup> şeklinde tespitite bulunmuştur.

HGK’nın bu üç kararı dışında benzer içerikte kararlar tespit edemedik. Her üç kararın da ikinci görüşmede ve oy çokluğu ile verildiği dikkate alınır-sa, bir içtihat değişikliğinden bahsetmek için erkendir. Keza HGK’nın bu iki kararı istinaf mahkemelerinde ve Yargıtay’da 21. Hukuk Dairesinin kapatılması ile sosyal güvenlik hukuku temyiz merci olarak tek başına görev yapan 10. Hukuk Dairesinde maalesef henüz bir karşılık bulmamıştır. İstinaf ve 10. Hukuk Dairesi ilamlarında halen prime esas kazancın senetle ispat kuralına tabi olduğu, hatta ayda otuz günden eksik kısmi süreli tahakkuk olan ücret bordrolarında işçinin imzası varsa artık tam süreli çalışmanın ancak yazılı deliller ile ispat edilebileceği kabul edilmektedir<sup>9</sup>. Bu uygulama her iki hukuk dalının birbirinden farklı konuları, nitelikleri nedeniyle, iş hukuku temyiz merci Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararları ile esaslı biçimde çalışmaktadır, bu kararların daha gerisindedir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi kararlarında konuyla ilgili olumlu yön, isabetli ayrıntılı gerekçeleri içeren karşı oy yazısıdır. Buna dayanarak istinaf mahkemeleri ile 10. Hukuk Dairesinin, HGK’nın isabetli adımını izleyecekleri temennisindeyiz.

<sup>7</sup> HGK 26.03.2019 E. 2015/3252 K. 2019/345; HGK 14.03.2019 E. 2015/2339 K. 2019/201.

<sup>8</sup> HGK. 09.07.2020 E. 2016/904 K. 2020/554.

<sup>9</sup> “Davacının, işyerindeki bir kısım çalışmaları aylık bordrolara dayanılarak Kuruma kısmi olarak bildirilmiş ve bildirimine uygun olarak da primleri ödenmiştir. İmzalı bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde otuz günün altında geçtiğinin karinesidir. Karinenin tersinin ise, eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiği söz götürmez. Başka bir anlatımla, yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine itibar edilemez. Dairemizin, giderek Yargıtay’ın oturmuş ve yerleşmiş görüşleri de bu doğrultudadır. Davalı işveren tarafından bir kısım imzalı ücret bordroları ibraz edilmiştir. Bu bordroların hepsinin imzalı olduğu görülmüştür. Davalı tarafından imzalı ücret bordrosu ibraz edilen, ancak davacı tarafından aksi yazılı delil sunulamayan bu aylardaki bildirilmeyen süreler yönünden ret kararı vermek gerekmektedir”, YHGK. 07.05.2019 E. 2016/626 K. 2019/522.

Bu çalışmada 5510 sayılı Kanun'un 92. maddesindeki zorunluluk ilkesinden yola çıkarak sosyal sigorta ilişkisinin kamu düzeniyle bağlantısı, usul hukukunda geçerli resen araştırılması ilkesinin kabulü gerekçeleri çerçevesinde incelenecek, hizmet tespiti davalarında hizmetin yanında prime esas kazancın, hatta konusu ne olursa olsun sosyal güvenlik davalarının hiçbirinde senetle ispat kuralının neden uygulanmaması gerektiği ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

## II. USUL HUKUKUNDA KAMU DÜZENİNİN KORUNMASI

### 1. Resen araştırma ilkesi

Türk usul hukukunda genel ilke yargılamada dava malzemesinin taraflarca getirilmesidir (HMK m. 25), mahkeme tarafların getirmediği dava malzemesini kendiliğinden dikkate alamaz<sup>10</sup>. Maddi hukuk açısından davanın konusunun kamu düzenini ilgilendirdiği hallerde taraflarca getirilme ilkesinin uygulanması ise, tarafların mevzuatta sınırlandırılan, yasaklanan bir sonuca dava yolu ile ulaşabilmeleri gibi istenmeyen sonuçlara neden olabilir<sup>11</sup>. Çünkü konusu kamu düzenini ilgilendiren davalarda tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri mümkün değildir<sup>12</sup>. Bu nedenle kamu düzenini ilgilendiren davalarda taraflarca getirilme ilkesi uygulamaz<sup>13</sup>, dava malzemesinin toplanmasında tarafların ispat yükleri kapsamında getirecekleri dava malzemeleri yanında hâkim de dava malzemesi toplamakla görevlidir<sup>14</sup>, buna resen araştırma ilkesi denir.

<sup>10</sup> Tahiroğlu, s. 3; Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 2016, s. 297; Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, 2017, s. 74; Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, 2016, s. 152-153; Karslı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, 2014, Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. I, 2016, s. 248; s. 354-355; Köme Akpulat, Ayşe, İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, 2018, s. 23; Erdönmez, Güray, Pekcantez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, 2017, s. 797, 799.

<sup>11</sup> Tahiroğlu, s. 24, 29-30.

<sup>12</sup> Köme Akpulat, s. 239. Kamu yararı düşüncesiyle tasarruf ilkesinin tam olarak uygulanmadığı hallerde, tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı hakkında bkz. Kuru, s. 297.

<sup>13</sup> Gerçeğin bulunmasının kamu yararına olacağı varsayılan davalarda resen araştırma ilkesinin uygulanma imkânı bulacağına ilişkin bkz. Budak/ Karaaslan, s. 75. Araştırma ilkesinin genel olarak kamu yararının öne çıktığı durumlarda uygulama alanı bulduğu, kamu düzenini ilgilendiren davalarda araştırma ilkesinin geçerli olacağı yönünde bkz. Karslı, s. 260. Kamu düzenini ilgilendiren davalarda resen araştırma ilkesinin işlerlik kazanacağı yönünde bkz. Tanrıver, s. 356. Araştırma ilkesinin kabul edilmesinin nedeninin kamu düzeni olduğu yönünde bkz. Köme Akpulat, s. 239.

<sup>14</sup> Tahiroğlu, s. 7-8. Resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkimin vakiaları kendiliğinden araştırıp gerekli bütün delillere kendiliğinden başvurabilmesi hakkında bkz. Kuru, s. 300; Köme Akpulat, s. 238.

Kamu düzenini ilgilendiren davalarda resen araştırma ilkesinin uygulanmasının işlevi, dava malzemesinin taraflarca getirilmesinin tersinden açıklanır<sup>15</sup>. Maddi hukukta geçerli irade serbestisi ilkesi ve bunun devamı olarak TBK m.26'da "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler" şeklinde ifade edilen sözleşme özgürlüğü ilkesi, usul hukukuna tasarruf ilkesi (HMK m.24) ve bunun devamı olarak dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesi (HMK m.25) olarak yansır<sup>16</sup>. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin işlevi, tarafların davanın konusuyla ilgili tasarrufta bulunabilmeleridir. Çünkü dava konusu çekişmeyi en iyi bilen kimseler olarak taraflar, menfaat çatışması nedeniyle kendi lehlerine olan dava malzemesini eksiksiz getirmek için azami çaba içinde olacaklardır<sup>17</sup>. Keza hâkimin dava malzemesinin toplanması yetkilerinin arttırılması iş yükünü, dolayısıyla yargılama süresini uzatır, hâkimin tarafsızlığıyla ilgili soru işaretlerine neden olabilir. Son olarak yargılama kişilerin özel haklarının gerçekleştirilmesine hizmet ettiğinden, dava malzemesinin toplanmasıyla ilgili sorumluluğu, bundan menfaati olanlar taşımaktadır<sup>18</sup>.

Taraflarca getirilme ilkesiyle ilgili bu açıklamalardan, konusu taraflarının karşılıklı hak alanlarının üzerinde, kamu düzenini ilgilendiren davalarda, tarafların dava konusuyla ilgili serbestçe tasarruf edebilmelerine izin verilmez, aksi durumda maddi hukuktaki sınırlandırmanın, yasaklamanın bir anlamı kalmaz<sup>19</sup>. Maddi hukukta kamu düzeninin korunması amacıyla bir konuda tarafların irade serbestinin sınırlandırıldığı durumda, bu amacın konuyla ilgili olası davalarda gerçekleşmesi yargılama hukukunda bazı tedbirlerin alınmasını gerektirir. Bu konuda akla gelen ilk tedbir kamu düzenini ilgilendiren davalarda tasarruf ilkesinin sınırlandırılmasıdır; ancak bu yeterli olmaz. Çünkü uygulamada maddi hukukun ilgili hukuki ilişkiye dair sınırlama getirerek engellediği hukuki sonuçlara, tarafların dava yolunu kullanarak hiçbir sınırlama olmaksızın ulaşabilmeleri mümkündür. Bu, tarafların yargılama sırasında anlaşmalı işlemler yaparak dava malzemesini ve dolayısıyla hâkimin kanaatini istedikleri yönde etkileyebilmeleri şeklinde cereyan eder. Bunu konumuz hizmet tespiti davası örneği ile açıklarsak, işveren davacı sigortalının çalışma ve ücret iddialarını ikrar ederse, taraflarca getirilme ilkesi bağlamında artık dava konusu çekişmesizdir, hâkim kararında artık bu kesin delillerle bağlıdır. Bu surette 5510 sayılı Kanununun 92. maddesindeki zorunluluk ilkesinden anlaşılan yasaklar dolanılmış olur.

Kamu düzenini ilgilendiren bir konuda dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin olumsuzlukları, resen araştırma ilkesinin uygulanması

<sup>15</sup> Resen araştırma ilkesinin işlevleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tahiroğlu, s. 21 vd.

<sup>16</sup> Yavaş, s. 90; Köme Akpulat, s. 219.

<sup>17</sup> Budak/ Karaaslan, s. 74; Tanrıver, s. 355; Köme Akpulat, s. 232.

<sup>18</sup> Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 153; Budak/ Karaaslan, s. 74; Karslı, s. 247, 249.

<sup>19</sup> Tahiroğlu, s. 24, 29-30.

ile aşılr. Bu ilkenin esas olduğu davalarda hâkim, sınırlandırıcı maddi hukuk kuralının kamu düzeniyle ilgili amaçlarının gerçekleşmesini teminen tarafların getirdiği dava malzemeleri ile bağlı değildir, yargılamada kamu düzenini temsil eden adeta üçüncü taraf olarak kendiliğinden delil toplar<sup>20</sup>. Bu davalarda bir vakıanın taraflar arasında çekişmesiz olması mahkemeyi bağlamaz, tarafların kabulündeki vakıaların dahi doğruluğu mahkemenin denetimine tabidir<sup>21</sup>. Mahkemece gerçeğe uygun karar verilmesi ile de kamu düzenin ihlali önlenmiş olur.

Özetle resen araştırma ilkesinin, kamu düzenini ilgilendiren davalarla ilgili tasarruf ilkesinin sınırlanmasını tamamlayıcı bir işlevi vardır, dava konusu üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalarda, tarafların anlaşarak dava malzemesini yönlendirmek suretiyle dava konusunda yasak olan tasarrufları gerçekleştirmeleri resen araştırma ilkesiyle önlenir. Resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda taleple bağlılık ilkesinin geçerli olmaması, tarafların feragat, kabul veya sulh yollarıyla davayı sona erdirememeleri, dava sebebinin değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının uygulanmamasını gerektirir<sup>22</sup>.

Bir davada hâkim çekişmeli konu hakkında olumlu ya da olumsuz bir kanaat oluşmasını sağlayacak deliller olmadığı durumda dahi bir karar vermek zorundadır. Dava konusuyla ilgili vakıaların ispat edilememesi halinde bu surette ortaya çıkacak belirsizliğe kimin katlanacağı, usul hukukunda ispat yükü ile açıklanmaktadır<sup>23</sup>. Resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda dahi hâkimin vakıalarla ilgili bir kanaat edinmemesi ihtimal dahilinde olduğundan, Yargıtay'ın hizmet tespiti davalarıyla ilgili kararlarındaki “Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı bu davalarda ispat yükü, bir tarafa yüklenemez”<sup>24</sup> tespiti isabetli değildir. Çünkü hâkimin resen araştırmasına rağmen kanaat oluşturur delillere ulaşamadığı durumda dahi karar vermesi gerekeceğinden, bu durumda nihai kararda ispat yükü belirleyici olacaktır.

## 2. Resen araştırma ilkesinin senetle ispat zorunluluğuyla ilişkisi

“Kanunda belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörülmediği hallerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir” (HMK m.192), buna usul hukukunda delil serbestisi sistemi denilir<sup>25</sup>. Serbest delil

<sup>20</sup> Kuru, s. 300; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 154; Budak/ Karaaslan, s. 75; Tanrıver, s. 361; Erdönmez, s. 805-806; Ernumcu, s. 911.

<sup>21</sup> Tahiroğlu, s. 125; Kuru, s. 300.

<sup>22</sup> Bkz. Ernumcu, s. 924.

<sup>23</sup> Bkz. Kuru, s. 320; Budak/ Karaaslan, s. 217. Ayrıca bkz. Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 373; Karlı, s. 483-484; Tanrıver, s. 777; Atalay, Oğuz, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, 2017, s. 1693.

<sup>24</sup> YHGK 07.05.2019 E. 2016/626 K. 2019/522.

<sup>25</sup> Bkz. Budak/ Karaaslan, s. 222 vd..

sisteminin uygulanışı bakımından davada taraflarca getirilme ya da resen araştırma ilkesinin geçerli olması arasında bir fark yoktur. Resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim kanunda düzenlenmiş ve düzenlenmemiş tüm delilleri kendiliğinden toplayabilir.

Taraflarca getirilme ya da resen araştırma ilkesinin uygulanmasında delillerle ilgili bir fark, ispat gücüyle ilgili hâkimin bir takdir yetkisinin olup olmaması bakımındandır. Buna göre usul hukukunda deliller kesin deliller ve takdiri deliller olarak ikiye ayrılır<sup>26</sup>. İlke olarak hâkimin kesin delillerle hakkında bir takdir yetkisi yoktur, bağlıdır, doğruluğunu kabul etmek zorundadır<sup>27</sup>. Takdiri delillerin ispat gücüyle ilgili hâkimin bir takdir yetkisi vardır<sup>28</sup>. Bu husus HMK'nın delillerin değerlendirilmesi başlıklı 198. maddesinde “Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir” şeklinde ifade edilmiştir. Medeni Kanunun 4. maddesindeki “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir” kuralı da delillerin değerlendirilmesiyle ilgili serbestinin ölçütüdür.

HMK 198. maddedeki kanuni istisnalara, kesin delil niteliğindeki senet, yemin ve diğer deliller girer. Resen araştırma ilkesinin uygulanmasını gerektiren kamu düzeninin korunması amacı, hâkimin kesin delillerle bağlı olmasıyla çatışabilir; çünkü tarafların anlaşmalı hareket ederek, örneğin ikrar suretiyle kesin delilleri gerçeğe aykırı yönlendirmeleri mümkündür. Bu nedenle kesin delillerle bağlılık sadece taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda dikkate alınır, bunun resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda uygulanması, resen araştırmanın kabulü amaçlarıyla bağdaşmaz<sup>29</sup>.

Bu tespit, kesin delillerden olarak senet hakkında da geçerlidir. Çünkü HMK m. 200'deki esaslarda kesin delil olarak senedin resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda hâkimin takdir yetkisinin önüne geçtiğinin, bağlı olduğunun söylenmesi, davayı kamu düzenine ilişkin maddi hukuktaki sınırlamaları dolanma aracı haline getirebilir. Bir davada en doğru kararın verilmesi için senet, taraflarca getirilme ilkesi bakımından en ideal delil olduğu halde, resen araştırma ilkesi bakımından ise o ölçüde isabetsiz delil olabilir<sup>30</sup>. Anlaşmalı biçimde hareket eden taraflar muvazaa ile maddi ve hukuki duruma aykırı senetler hazırlayarak, davada hâkim kararını yönlendirebilirler, örneğin zorunluluk ilkesine aykırı biçimde hizmet tespiti davası ile sigor-

<sup>26</sup> Kuru, s. 332; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 384; Budak/ Karaaslan, s. 232; Karşlı, s. 499; Tanrıver, s. 827; Atalay, s. 1735.

<sup>27</sup> Kuru, s. 332; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 384; Karşlı, s. 499; Tanrıver, s. 827; Atalay, s. 1735-1736.

<sup>28</sup> Kuru, s. 333; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz, s. 385; Karşlı, s. 499; Atalay, s. 1737.

<sup>29</sup> Tahiroğlu, s. 126-127.

<sup>30</sup> Tahiroğlu, s. 127; Yavaş, s. 93.

talılık süresi elde edebilirler. Böyle bir durumda hâkimin senetle kesin surette bağlı kabul edilmesi, resen araştırma ilkesinin uygulanması ile bağdaşmaz.

### III. İŞ YARGILAMASINDA RESEN ARAŞTIRMA İLKESİ

#### 1. İş Mahkemeleri Kanununda resen araştırma ilkesi

Ülkemizde bir uzmanlık mahkemesi<sup>31</sup> olarak iş mahkemelerinin kuruluşu 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda düzenlenmiştir. Kanun incelendiğinde sadece dava şartı olarak arabuluculuğun, SGK'ya başvuru zorunluluğunun ve görev ile yetki konusunun düzenlediği, yargılamaya ilişkin diğer tüm konularda HMK'nın genel hükümlerine atıfla yetinildiği görülmektedir<sup>32</sup>. HMK'da ise iş yargılamasına özgü bir kural bulunmamaktadır. HMK'nın taraflarca getirilme ilkesi başlıklı 25. maddesinin, bu çalışmanın konusu bakımından önemli olarak “kanunda öngörülen istisnalar dışında” hâkimin iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamayacağı, delil toplayamayacağı hükmünden, resen araştırma ilkesinin uygulanmasının mevzuatta somut bir düzenlemenin varlığını gerektirdiği<sup>33</sup> söylenebilir.

İş mahkemeleri hem toplu ve bireysel iş hukukuna hem de sosyal güvenlik hukukuna ilişkin davalarda görevlidir (7036 sK m.5), dolayısıyla ilk bakışta iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku davalarında aynı yargılama esasları

<sup>31</sup> Köme Akpulat, s. 44. Ayrıca bkz. Kabakcı, Mahmut, “İş Mahkemelerinin Yapısı, Görev ile Yetkisi Hakkında Değerlendirmeler”, (İş Mahkemelerinin Yapısı, Görev ile Yetkisi) Yeni Yasal Düzenlemeler Sonrasında İş Yargılaması Sempozyumu, Av. Cengiz Özbilgin'e Armağan, Şubat 2017, 2018, s. 37-41; Alpagut, Gülsevil, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi” İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Mayıs 2016, 2016, s. 198.

<sup>32</sup> Köme Akpulat, s. 37; Özekes, Muhammet/ Atalı, Murat, “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, Aralık 2017, 2018, 67-68. İlgili Kanun'un henüz yasallaşmadığı dönemde bu yöndeki tespit ve eleştiriler için bkz. Kabakcı, İş Mahkemelerinin Yapısı, Görev ile Yetkisi, s. 34-35. Ayrıca bkz. Özekes, Muhammet/ Atalı, Murat, “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, Aralık 2017, 2018, 59-60.

<sup>33</sup> Gerek doktrin gerek yargı kararları dikkate alındığında Anayasal temelleri sebebiyle sosyal güvenliğin kamu düzeninden kabul edildiği, ayrıca yargılamada da mahkemenin birçok hususu kendiliğinden araştırdığı ve dikkate aldığı görüldüğü, bu nedenle en azından sosyal güvenlikle ilgili davalarda çerçevesi de belirtilerek resen araştırma ilkesinin uygulandığının düzenlenmesinin, uygulamanın doğru gelişmesini sağlayacağı yönünde bkz. Özekes/ Atalı, s. 62. İş mahkemelerinde görülen davalarda, kimi zaman resen araştırma ilkesinin uygulandığı, ancak İş Mahkemeleri Kanunu'nda araştırma ilkesinin uygulanacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığı, hüküm bulunmayan hallerde HMK hükümleri uygulanacağından ve bu hükümlerin de esas itibarıyla resen araştırma ilkesini benimsemeyen hükümler olduğundan yola çıkılarak iş mahkemelerinde resen araştırma ilkesinin doğrudan yasal bir temelini bulunmadığı hakkında bkz. Köme Akpulat, s. 239.

geçerlidir. İş ve sosyal güvenlik mevzuatı incelendiğinde bu iki hukuk dalına ilişkin açılacak davalarda açıkça resen araştırma ilkesinin uygulanmasını emreden genel bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Buna göre incelenmesi gereken sorun, iş mahkemelerinde yargılamanın HMK'nın genel hükümlerine göre yapılıyor olmasının, örneğin tasarruf ve taraflarca getirilme ilkelerinin geçerli olmasının iş ve sosyal güvenlik hukukunun konusu ve amaçları ile ne derece uyumlu olduğudur<sup>34</sup>.

İş hukukunun ortaya çıkış gerekçeleri itibariyle koruma hukuku karakteri ve sosyal güvenlik hukukunun da anayasal bir hakkın güvencesi olması, bu iki hukuk dalına ilişkin uyuşmazlıkların yargılanmasının da bu özelliklerine uygun olmasını<sup>35</sup> gerektirir. İş mahkemelerindeki davaların basitçe borçlar hukukundan kaynaklanan diğer davalarla aynı şartlarda ele alınması, yukarıda resen araştırma ilkesiyle ilgili işaret edilen kamu düzenini koruyucu maddi hukuk kurallarının işlevsiz kalmasına neden olabilir. Yargıtay HGK'nın 26.03.2019 tarih ve E. 2015/3252 K. 2019/345 sayılı ilamına konu olan Bakırköy 20. İş Mahkemesinin 28.05.2015 tarih ve E. 2015/91 K. 2015/177 sayılı direnme kararında isabetle tam da bu husus vurgulanmaktadır:

“İş yargılamaında özellikle hizmet süresinin tespiti, ücret ve ispat külfeti gibi hususlarda İş Mahkemeleri Kanunu'nda hüküm bulunmaması nedeniyle HMK'nın 200'üncü maddesinin genel hüküm olarak ele alınması ve somut olaya uygulanmasının 'özün şekle feda edilmesi' anlamına geldiği, eşitler arasındaki usul hukukuna ve Borçlar Hukukuna ilişkin hükümlerin iş yargısında aynen geçerli olduğunu savunmanın iş hukuku ve iş yargısının temel prensiplerine ve varlık nedenine aykırı olduğu, eşitler arasındaki senetle ispat kuralını dar anlamda ve katı biçimde iş yargısında uygulamanın ekonomik olarak daha güçlü bir durumda bulunan işverene bağımlı olarak çalışan ve ekonomik açıdan daha zayıf durumda bulunan işçiyi aynı seviyede değerlendirmek anlamına geleceği ki bunun da iş yargılamaının ve iş hukukunun amacına aykırı olup gerçek olguları objektif olarak tespit etmenin bu durumda mümkün olmayacağı...”

Hukuk Genel Kurulunun yukarıda girişte işaret edilen prime esas kazanç düzeyinin ispatında senetle ispat kuralının resen araştırma ilkesi gereği uygulanmayacağı belirtilen 09.07.2020 tarihli son kararındaki temel gerekçe, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 04.10.2019 tarih ve

<sup>34</sup> Köme Akpulat, s. 38; Özkes/ Atalı, s. 67-68. Önceki kanun dönemine ilişkin olarak bkz. Çenberci, Mustafa, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, 1969, s. 114.

<sup>35</sup> Köme Akpulat, s. 38. İş yargısının temel üç alanı olan ferdi iş hukuku, toplu iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukunun farklı amaç ve ilkeleri sebebiyle bunların yargılamada gösterdiği özelliklerin de farklı olduğu, gerçek anlamda bir iş yargılaması düzenlemesinde en azından bu ilkelere uygun usuli düzenlemelere de ihtiyaç olduğu yönünde bkz. Özkes/ Atalı, s. 61-62.

E. 2018/1 K. 2019/5 sayılı karardır. Tır şoförlerine uygulamada harcırah vb. adlarla ödenen paranın ücret ve buna bağlı olarak prime esas kazanç olarak niteliğinin tartışıldığı bu kararın çalışmamız bakımından önemi, iş yargılamasında taraflarca getirilme ve resen araştırma ilkelerinin uygulanışına dair önemli açıklamaları içermesidir.

Yargıtay söz konusu İBK kararında bireysel iş hukukuna ilişkin davalarda taraflarca getirilme ilkesinin ve hizmet tespiti davalarıyla sınırlandırmaksızın sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan davalarda ise kural olarak resen araştırma ilkesinin geçerli olduğunu bildirmiştir. Yüksek Mahkeme bu değerlendirmesine dayanak olarak herhangi bir mevzuat kuralına işaret etmediği gibi, iş hukuku açısından bir cümle dahi açıklama yoktur, sosyal güvenlik hukuku bakımından ise bu hukuk dalının hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında kalan özelliklerinden söz edilmektedir.

Yargıtay'ın sosyal güvenlik hukukuyla ilgili tespitleri hizmet tespiti davası özelinde ise de gerekçeleri aşağıda açıklanacağı üzere, bunları sosyal güvenlik hukukundan doğan tüm davalara genelleştirmek hatalı olmaz, bu bir gerekliliktir de. Yüksek Mahkemeye göre “Kamu düzenini ilgilendiren bu davalarda, hâkimin özel bir duyarlılık göstererek delilleri kendiliğinden toplaması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı bu davalarda ispat yükü, bir tarafa yüklenemez<sup>36</sup>. Bu durumda prime esas kazancın tespitinde tarafların ileri sürdüğü ve ibraz ettiği deliller mahkemece yeterli bulunmadığında kendiliğinden başkaca delil araştırması yapılmak suretiyle gerçek ücret seviyesinin belirlenmesi gerekmektedir”.

YİBBGK kararındaki bireysel iş hukukuna ilişkin davalarda taraflarca getirilme ilkesinin uygulanmasına ilişkin açıklamalar okunduğunda, taraflarca getirilme ilkesinin usul hukukçularından kısmen farklı değerlendirildiği görülür. Kararda taraflarca getirilme ilkesine dair HMK m. 25 hükmü özetlendikten sonra “Ücretin miktarını ispat yükü işçi üzerindedir. Ücret; bireysel ya da toplu iş sözleşmesi, ücret hesap pusulası, ücret bordrosu ve/veya banka kayıtları gibi yazılı delillerle ispat edilebilir. Bununla birlikte kayıtlarda gözüken ücret ile gerçek ücretin uyuşmaması durumunda, meslek kuruluşları ve ilgili sendikalardan emsal ücret araştırması yapılarak, tarafların gösterdiği tanık ve diğer deliller toplanıp birlikte değerlendirilmek suretiyle asıl/geniş anlamda ücret miktarının tespiti mümkündür” açıklamasının, HMK'daki yasal esasla bağdaştığından söz edilemez, daha ziyade Alman usul hukukunu hatırlatmaktadır. Bir yandan taraflarca getirilme ilkesi uyarınca yazılı delillerle, daha doğru ifadeyle senetle ispat gereğine işaret edilirken, kayıtlardaki ücretin aksinin emsal ücret araştırması ve tanık beyanları

<sup>36</sup> Yargıtay'ın bu tespitinin eleştirisi için Bkz. Tahiroğlu, s. 100.

ile ispat edilebileceğinden söz edilmesi hata ile değil, Yargıtay'ın süregelen uygulamasının bir daha ifade edilmesi ile açıklanabilir.

Yüksek Mahkeme ücret düzeyinin çekişmeli olduğu bireysel iş hukukundan kaynaklanan tüm davalarda değerlendirmesine şu tespit ile başlanmaktadır: “Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek, ilgili işçi ve işveren kuruluşları ile Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı internet sitesinde bulunan ‘Kazanç bilgisi sorgulama’ ekranından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir”<sup>37</sup>.

Bireysel iş hukukuna ilişkin davalarda taraflarca getirilme ilkesinin uygulanacağını bildiren Yargıtay'ın gerçek ücret düzeyinin tespitiyle ilgili mahkemelere emsal ücret araştırması yapılması, tanık dinlenmesi talimatı, ilke olarak resen araştırma ilkesi kapsamında bir yargılamada söz konusu olabilir. Yoksa taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı bir davada HMK m. 201 uyarınca senede karşı tanıkla ispat yasağı uygulanır. Yüksek Mahkemeyi bu şekilde bir çelişkili sonuca götüren hatalı hukuki değerlendirmesi değil, iş yargılaması mevzuatımızın yetersizliğidir<sup>38</sup>, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda iş ve sosyal güvenlik hukukunun özelliklerine uygun özel yargılama kuralları düzenlenmeksizin<sup>39</sup>, iş hukukunun zayıfı koruma ve sosyal güvenlik hukukunun kamu düzeni karakteri ile bağdaşmayan HMK düzenlemelerine atıfta bulunulmasıdır. Yabancı ülke örnekleri de dikkate alındığında tasarruf ilkesi, dava malzemelerinin taraflarca getirilmesi ilkesi, hâkimin kesin delillerle bağlı olması, senede karşı tanıkla ispat yasağı ve HMK'nın diğer genel yargılama kuralları, iş ve sosyal güvenlik hukuklarının amaçlarını yargılama alanında gerçekleştirmekten uzaktır, özel olarak düzenlenmelidir.

## 2. Bireysel iş hukuku ile sosyal güvenlik hukuku yargılamasına farklı bakış zorunluluğu

Yabancı ülke hukuklarına bakıldığında ülkemizle benzer şekilde iş ve sosyal güvenlik hukukunun genel yargılama sisteminin dışında, uzmanlık

<sup>37</sup> Y9HD 14.09.2020 E. 2016/23002 K. 2020/7479.

<sup>38</sup> İlgili Kanun'un henüz yasalaşmadığı dönemde bu yöndeki tespit ve eleştiriler için bkz. Kabakçı, İş Mahkemelerinin Yapısı, Görev ile Yetkisi, s. 34-35. Ayrıca bkz. Özkes/ Atalı, s. 60.

<sup>39</sup> Bkz. Özkes/ Atalı, s. 60, 61-62, 67-68; Köme Akpulat, s. 38.

yargısı, mahkemeleri olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu şekilde farklı düzenleme gereği iş ve sosyal güvenlik hukuklarının konusunun, amaçlarının özel hukukta geçerli sözleşme serbestisi, irade özerkliği ve tasarruf ilkeleleriyle uyuşmamasından anlaşılır. Maddi hukuk alanında iş hukukuna ilişkin nispi emredici ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin (zorunluluk ilkesinin gereği) mutlak emredici düzenlemeler bir uyuşmazlık konusu olduğunda, ilgili yargılamada tasarruf ilkesinin, taraflarca getirilme ilkesinin, senede karşı tanıkla ispat yasağının uygulanmasının, iş ve sosyal güvenlik hukukunun amaçlarıyla bağdaşmayan sonuçlara neden olması muhtemeldir. Yargıtay'ı bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarında taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu tespitine rağmen, senedin aksinin tanıkla, emsal ücret araştırmasıyla ispatının mümkün olduğuna kabule sevk eden de tam olarak bu ihtiyaçtır.

Ülkemizde iş yargısının niteliğinin gerektirdiği özel yargılama kurallarının düzenlenmemiş olması<sup>40</sup> bir yana, iş mahkemelerinin hem iş hukuku hem de sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli olması isabetli değildir<sup>41, 42</sup>. 2013 yılında başlanan iş bölümü uygulaması<sup>43</sup> ile iş mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunduğu yerlerde bunlar arasında belirlenen daire(ler) sadece sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davalara bakmaktaysa<sup>44</sup> da sosyal güvenlik hukuku davalarında uygulanan yargılama kuralları ile bireysel iş hukuku uyuşmazlıkları ile aynıdır<sup>45</sup>. Yabancı ülke hukuklarında kendi özel yargılama kuralları olan iş mahkemelerinden başka, sosyal güvenlik hukukunun kamu düzenine ilişkin amaçlarına uygun özel yargılama kuralları olan sosyal güvenlik mahkemelerin kurulduğu görülmektedir<sup>46</sup>.

Konuyla ilgili ilk örneği İsviçre hukukundan vermek istiyoruz. Bireysel iş hukukunun konusu işçi-işveren ilişkisi borçlar hukuku temelli olan iş sözleşmesine dayanır. İş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırt eden yön, kira sözleşmesi ile benzer şekilde bir tarafının zayıf olmasıdır. Bu nedenle iş ve kira sözleşmelerine ilişkin yasal düzenlemelerin esası, zayıf olan tarafı koruyacak sınırların belirlenerek, güçlü olan tarafın tasarrufuna kapalı bir

<sup>40</sup> Özekes/ Atalı, s. 67-68.

<sup>41</sup> Kabakcı, İş Mahkemelerinin Yapısı, Görev ile Yetkisi, s. 36; Köme Akpulat, s. 58.

<sup>42</sup> Kanun koyucunun başlangıçta sosyal sigorta uyuşmazlıkları için ayrı bir sosyal sigorta yargısı düşünmeyip bunları iş yargılamasına dahil ettiği; bunda bir yandan iş hukuku ile sosyal sigortalar hukuku arasındaki yakın ilişkinin, diğer yandan iş (ve sosyal güvenlik) mahkemelerinin iş ve sosyal güvenlik hukuku konularında uzmanlaşmış mahkemeler olduğu düşüncesinin rol oynamış olduğu hakkında bkz. Tuncay, A. Can/ Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Baskı, 2021, s. 169.

<sup>43</sup> Kuru, s. 869, dn. 2; Köme Akpulat, s. 58.

<sup>44</sup> Tuncay/ Ekmekçi, s. 166.

<sup>45</sup> Sosyal güvenlik mahkemelerinin ayrı bir özel mahkeme olmayıp iş mahkemesi niteliğinde olduğu yönünde bkz. Köme Akpulat, s. 58.

<sup>46</sup> Kabakcı, İş Mahkemelerinin Yapısı, Görev ile Yetkisi, s. 44.

koruma alanı inşa etmektir. İsviçre usul hukukunda resen araştırma ilkesinin zayıf olan tarafın korunmasına hizmet ettiği kabul edilmiş, Federal Medeni Usul Kanunu'nda kira ve iş hukukundan kaynaklanan bazı uyuşmazlıklarda resen araştırma ilkesinin uygulanması düzenlenmiştir (Sch. ZPO Art. 247/2, b)<sup>47</sup>. Bu düzenleme hakkında “resen araştırma ilkesinin zayıfı koruma amacıyla uygulanmasının, sosyal usul anlayışının bir yansıması olduğundan” söz edilmektedir<sup>48</sup>.

Alman Sosyal Mahkeme Kanunu'nda (Sozialgerichtsgesetz) yargılamada resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu, mahkemenin tarafların getirdiği dava malzemeleri ile bağlı olmadığı açıkça düzenlenmiştir (§ 103)<sup>49</sup>. Ancak iş yargısı bakımından durum biraz farklıdır. Alman İş Mahkemeleri Kanunu'nda açıkça resen araştırma ilkesinin uygulanacağı hükmü yoktur. Kanunda aksine taraflarca getirilme ilkesine işaret eden hükümler vardır. Buna rağmen öğretilerde dava malzemesinin toplanmasıyla ilgili hâkimin tarafları yönlendirir yetkilerine atıf ile taraflarca getirilme ile resen araştırma ilkelerinin arasında bir yapıyı ifade etmek üzere iş birliği ilkesinden söz edilmektedir<sup>50</sup>. Bu açıdan HMK m. 31'de düzenlenen hâkimin davayı aydınlatma yükümü kapsamındaki yetkileri ile bir benzerlikten söz edilir. Alman İş Mahkemeleri Kanuna ilişkin bu tespitler, Alman Medeni Usul Kanunu'nun genel sistemindeki hâkim bakış açısıdır. Alman hukukunda hâkim, tarafların getirmiş olduğu deliller dışındaki ispat vasıtalarına resen müracaat edebildiğinden ve delilleri serbestçe değerlendirebildiğinden, ülkemizde HMK m. 25 çerçevesinde taraflarca getirilme ilkesinin uygulanışından farklı olarak gerçeğe ulaşma şansının çok daha yüksek olduğu belirtilmektedir<sup>51</sup>.

Bize göre iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin yargılamaların HMK'nın genel esaslarına tabi olmaması, İş Mahkemeleri Kanunda bu iki hukuk dalının amaçlarını yargılama aşamasında güvence altına alacak özel yargılama kurallarının düzenlenmesi gerekir<sup>52</sup>. Fiili durumda bu amaç yüksek yargı uygulamaları ile önemli derecede başarılmaktaysa da bunun yasal esas haline getirilmesi, uygulama bütünlüğü açısından önemlidir<sup>53</sup>. Örnek vermek gerekirse, bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarında yazılı kayıtlardaki

<sup>47</sup> Germelmann/Matthes/Prütting (2022), Arbeitsgerichtsgesetz: ArbGG, 10.Auf. C.H.Beck, s. 139. Maddede resen araştırma ilkesinin dava değeri 30.000 Franka kadar olan davalarda uygulanacağı düzenlendiğinden sınırlı resen araştırma ilkesinden söz edilmektedir, Tahiroğlu, s. 27.

<sup>48</sup> Tahiroğlu, s. 27.

<sup>49</sup> Binder, Rn. 2 s. 178

<sup>50</sup> Zwanziger, §160 Rn. 8; Taraflarca getirilmesi ilkesinin alternatifi olarak hakimle iş birliği ilkesi hakkındaki açıklamalar için bkz. Karlı, s. 266 vd..

<sup>51</sup> Yavaş, s. 92.

<sup>52</sup> Kabakçı, İş Mahkemelerinin Yapısı, Görev ile Yetkisi, s. 34, ayrıca bkz. Özeker/ Atalı, s. 61-6; 67-68.

<sup>53</sup> Tahiroğlu, s. 45.

ücret düzeyi hakkında tereddüt edildiğinde gerçek ücret düzeyinin ortaya çıkarılması için tanıkların beyanlarına başvurulmasını, emsal ücret araştırması yapılmasını isabetle kabul eden Yargıtay'ın, yine bireysel iş hukuku uyumsuzluğu olarak imzalı ücret bordrolarındaki fazla mesainin üzerindeki iddiaların senede karşı tanıkla ispat yasağı kapsamında ancak yazılı delillerle ispat edilebilmesini aramasını bağdaştırmak mümkün değildir<sup>54</sup>.

Aynı şekilde hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin olduğundan yola çıkılarak “Davanın niteliği gereği, çalışma olgusunun her türlü delille ispatlanabilmesine karşılık ücretin ispatında bu denli bir serbestlik söz konusu değildir. Çalışma olgusunun her türlü delille kanıtlanması olanağı bulunmakla birlikte; ... Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesindeki yazılı sınırları aşan ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır”<sup>55</sup> sonucuna varılması da çelişkidir. Yargıtay'ı böyle bir çelişkiye sevk eden hatalı hukuki değerlendirmesi değil, Kuruma mali yük getirilmesinin mümkün olduğu ölçüde önlenmesidir. Bu kaygı 21. Hukuk Dairesinin bir kararında “... mahkemece verilecek ücret tespiti kararından sonra Kurum tarafından primlerin tahsili aşamasında zamanaşımı nedeniyle primlerin tahsil edilemeyeceği de dikkate alındığında konunun özel bir duyarlılık ve hassasiyetle incelenmesi gerektiği de göz ardı edilmemelidir”<sup>56</sup> şeklinde ifade edilmiştir. Ancak bu içtihatla göz ardı edilen yön, tarafların muvazaalı belgelerle mahkemeyi her zaman gerçeğe aykırı yönlendirebilmeleri olasılığıdır. Yargıtay'ın resen araştırma ilkesi ile bağdaşmayan bu uygu-

<sup>54</sup> Öğretide Yargıtay'ın fazla mesai ücreti tahakkuku içeren ücret bordrolarında işçinin imzası olduğu durumda, artık tahakkukun üzerinde fazla mesai iddiasının senede karşı tanık yasağı kapsamında ancak yazılı delillerle ispat edilebileceği uygulaması haklı olarak eleştirilmektedir. Konuyu ayrıntılı olarak inceleyen Alp, “Öncelikle işçiden bordroya ihtirazi kayıt düşmesini beklemek normal hayat tecrübesine aykırıdır... Hukuken de bordro altına atılan imzaya ödenenin üzerinde çalışma olgusundan feragat niteliği kazandırmanın yanlış olmasıdır. Bordro sadece ödemeye dair bir belge ve bir ispat aracıdır. Bordroya fazla çalışma olgusu hakkında bir ihtirazi kayıt konması mümkün olmadığı gibi gerekli de değildir. Zira işçinin fazla çalışma ücret tahakkuku içeren bordroyu ihtirazi kayıt koymadan imzalaması, sadece bordroda belirtilen miktarın kendisine ödendiği konusunda yazılı delil niteliğindedir. İşçi bordroyu imzaladığında sadece bordrodaki miktarda fazla çalışma ücreti aldığını kabul etmekte, imzalı bordro, fazla çalışma süresi bakımından değil, ödeme bakımından bir yazılı delil olmaktadır. İmza atmasına rağmen ödenenin üzerinde fazla çalışma iddia eden işçi ise bordrodaki miktarın ödenmediğini değil, bordroda gösterilenin üzerinde çalıştığını iddia etmektedir. İşçi bu nedenle imzalı bordronun yani yazılı delilin aksini değil, fazla çalışma olgusunu kanıtlamaya çalışmaktadır. İşçinin imzasını taşıyan bordro, fiili bir olgu olan fazla çalışmanın bordroda yazılı tutarla sınırlı olduğu konusunda bir kabul oluşturmaz. Bu nedenle konu aksi ancak yazılı belge ile ispat edilebilecek bir konu haline de gelmez” şeklinde ifade etmektedir. Alp, Mustafa, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin 2019 ve 2020 Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020, İstanbul, Yayınlanmamış Tebliğ.

<sup>55</sup> Y10HD 04.03.2021 E. 2020/5282 K. 2021/2741.

<sup>56</sup> Y21HD 27.12.2018, E. 2017/4860, K. 2018/9732.

laması çoğu olayda sigortalılar aleyhine işlemektedir. Çünkü iş ilişkisinin devamında işverenin sigortalıdan lehine olabilecek bordro ve diğer yazılı evrakta imza alması olağan uygulamadır<sup>57</sup>.

Mevcut mevzuat itibarıyla HMK m. 25'teki "Kanunda öngörülen istisnalar dışında" ifadesinin dar yorumlanarak resen araştırma ilkesinin kanunda açıkça öngörüldüğü hallerde uygulanabileceği sonucuna varılmamalıdır. Böyle bir yaklaşım yargı uygulamasını iş ve sosyal güvenlik hukukunun amaçlarından, çok uzak bir noktaya götürür. Kamu düzeni amacıyla getirilen sınırlandırmaların işlevsiz kalmasına neden olur. Bu nedenle iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda dava malzemesinin hangi esaslara göre toplanacağına açıkça düzenlenmesi önemli ise de hizmet tespiti ile sınırlı olmamak üzere sosyal güvenlik hukukuna ilişkin tüm davalarda resen araştırma ilkesinin geçerli olduğundan tereddüt edilmez<sup>58</sup>. Hatta bu konuda bir yasal dayanak da vardır.

### 3. Sosyal güvenlik hukuku uyuşmazlıklarında resen araştırmanın yasal dayanağı olarak zorunluluk ilkesi

Yukarıda incelendiği üzere bir davayla ilgili resen araştırma ilkesinin kabul edilmesinde, konuyla ilgili maddi hukuk kurallarında kamu düzeninin korunması amacıyla getirilen sınırlandırmaların yargılama aşamasında uygulanmasını sağlama amacı vardır. Konu tarafların hukuk alanlarının üzerinde kamusal bir menfaati ilgilendirmektedir ki davanın kaderi taraflarca getirilme ilkesi ile davanın taraflarına bırakılmamaktadır<sup>59</sup>. Sosyal güvenlik alanındaki tüm davaların kamu düzenine ilişkin niteliği, 5510 sayılı Kanunun sigortalılığın zorunlu oluşu başlıklı 92. maddesinden anlaşılır: "Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir".

Zorunluluk ilkesi olarak ifade edilen bu hükmün iki işlevi vardır. İlki, Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerinin sosyal sigorta ilişkisinin

<sup>57</sup> Gerçek ücretin imzalı bordrolarda eksik gösterilmesinin bir ülke gerçeği olduğu yönünde bkz. Ermumcu, s. 919.

<sup>58</sup> Sosyal güvenlik hukuku alanındaki yargısal denetimde kamu yararının ön plana çıktığı; hizmet tespit davasının sosyal güvenlik hakkı ve kamu düzeni yönü dikkate alındığında bu davalarda resen araştırma ilkesinin uygulanacağına Yargıtay tarafından kabul edildiği; bununla birlikte sosyal güvenlik hukukuna ilişkin olmakla birlikte, kamu düzenine ilişkin olmayan, kamusal yönünden çok kişisel yönü ağır basan hükümlerin uygulanmasında resen araştırma ilkesinin uygulanmayacağı yönünde bkz. Köme Akpulat, s. 243.

<sup>59</sup> Sosyal sigorta ilişkisinin kamusal karakteri gereği, yargıcın delilleri resen toplamakla yükümlü olduğu yönünde bkz. Sözer, Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku (Sosyal Sigortalar), Güncellenmiş 5. Baskı, 2021, s. 473.

tarafının tasarruf alanları dışında olmasıdır<sup>60</sup>. Bu yasaklama akla işveren ve sigortalıyı getirmekteyse de sosyal sigorta ilişkisinin üçüncü tarafı olarak Kurum hakkında da aynen geçerlidir. Sosyal güvenliğin herkese belirli sosyal risklere karşı asgari düzeyde koruma sağlama amacı dikkate alındığında, sosyal sigorta ilişkisi Kurumun, işverenin ve sigortalının baştan mutlak emredici olarak belirlenen hak ve yükümlülüklerle tabi olduğu bir statüden oluşur<sup>61</sup>. Özel sigortalardan farklı olarak katılımın değil tabiiyetin söz konusu olması, işlevlerini etkili biçimde yerine getiren bir sosyal sigorta sisteminin tüm toplumun menfaatine olmasından, kamu düzenini ilgilendirmesinden dolayıdır.

Kanunda zorunluluk ilkesinin açıkça vurgulanmasının ikinci işlevi, sigortalı ilişkisinin her üç tarafının hak ve yükümlülüklerinin doğuşunun kendiliğinden oluşuna vurgudur<sup>62</sup>. Örneğin 5510 sayılı Kanunun 4. maddesindeki unsurları karşılar biçimde çalışmaya başlayan kişi, bu an itibarıyla sigortalıdır. Bu nedendir ki 7. maddede çalışmaya başlamanın sigortalılığın da başlangıcı olduğu ifade edildikten sonra 8. maddede sigortalı işe girişin Kuruma bildirilmesi yükümlülüğüne ayrıca yer verilmiştir. Dolayısıyla Kuruma işe girişin, faaliyete başlamanın bildirilmesinin sigortalılık niteliğinin kazanılması, başlaması ile bir ilgisi yoktur<sup>63</sup>. Zorunluluk ilkesinin Kurumun hukuki alanını da ilgilendirdiğini gösteren en somut örnek Kanunun 23. maddesindeki “Sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığı Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık halleri sonucu ilgililerin gelir ve ödenekleri Kurumca ödenir” düzenlemesidir<sup>64</sup>.

Buna göre sosyal sigortalar denilince tüm ilgililerin bireysel tasarruflarına kapalı, ilgili herkes için genel geçerli yasal bir sistem söz konusudur. Herkesin sosyal risklere karşı asgari düzeyde bir güvencesinin olması tüm toplumun ortak menfaat alanını ilgilendirdiğinden, bu alana dair uyuşmazlıkların tümü kamu düzenini ilgilendirir. Konumuzla bağlantılı olarak Kuruma hizmetleri bildirilmemiş bir sigortalı ve sigortalı çalışması olmaksızın hayali sigortalı bildirim yahut muvazaalı bir hizmet tespiti davası ile sigortalılık kazandırılan kişinin menfaatleri kendi hukuk alanları ile sınırlı değildir, sistemin üyesi olan herkesi ilgilendirir. Zorunluluk ilkesi yasal şartlara uygun

<sup>60</sup> Sözer, Ali Nazım, Sosyal Sigorta İlişkisi (İlişki), 1991, s. 31; Kabakçı, Mahmut, “Hizmet Tespiti Davaları” (Hizmet Tespiti), İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 20. Toplantısı, 29-30 Mayıs 2015, İstanbul, 2016, s. 256; Tuncay/ Ekmekçi, s. 154.

<sup>61</sup> Savaş Kutsal, F. Burcu, Türk Sosyal Sigortalar Hukukunun Temel İlkeleri, 2016, s. 37-38; Tuncay/ Ekmekçi, s. 160-161.

<sup>62</sup> Sözer, İlişki, s. 33; Tuncay/ Ekmekçi, s. 160; Güzel, Ali/ Okur, Ali Rıza/ Caniklioğlu, Nursen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 19. Baskı, 2021, s. 65; Kabakçı, Hizmet Tespiti, s. 256; Ermumcu, s. 902; Sözer, Sosyal Sigortalar, s. 14.

<sup>63</sup> Savaş Kutsal, s. 41; Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 154; Kabakçı, Hizmet Tespiti, s. 256.

<sup>64</sup> Kabakçı, Hizmet Tespiti, s. 257.

hak sahiplerinin haklarına erişebilmesini, yasal şartları sağlamayan kişilerin de hukuka aykırı hak sahibi olmalarını önlemelidir.

Bu amaç maddi hukukta Kurumun denetim görevini etkili biçimde yerine getirmesi ve yargılama hukukunda ise istisnasız tüm davalarda resen araştırma ilkesinin uygulanması ile ancak hayata geçirilebilir. Sosyal güvenlik hukukunun kamu düzenine ilişkin niteliği ile bunun gereği resen araştırma ilkesi öğretisi ve yargı kararlarında ağırlıklı olarak hizmet tespiti davaları bağlamında incelenmekteyse<sup>65</sup> de sosyal sigortalara ilişkin diğer her tür davayla ilgili hizmet tespitinden farklı düşünmeyi haklı gösteren bir neden yoktur. Sosyal sigorta alanında hizmet tespiti ne derece kamu düzeniyle ilgili ise örneğin yurt dışı hizmet borçlanması talebi reddedilen sigortalının yahut boşandığı eşi ile fiilen birlikte yaşadığı gerekçesi ölüm aylığı iptal edilen hak sahibinin Kuruma karşı açtıkları iptal davaları aynı derecede kamu düzenine ilişkindir.

Bu münferit davalar ilk bakışta sadece ilgisinin menfaat alanını ilgilendirir gözükse de bunun sonuçları sosyal sigorta sisteminin bütünlüğü içinde geneli, sistem üyesi herkesi, tüm sigortalılar ve işverenler ile Kurumu ilgilendirdiğinden, sosyal sigortalar hukukuna ilişkin tüm uyumsuzluklar kamu düzenine ilişkindir<sup>66</sup>, bu nedenle yabancı ülkeler örneklerinde olduğu üzere davanın konusundan bağımsız olarak resen araştırma ilkesinin geçerli olduğundan tereddüt edilmemelidir.

#### IV. HİZMET TESPİTİNDE RESEN ARAŞTIRMANIN KONUSU

##### 1. Sigortalı hizmetin süre ve kazanç unsurlarının bütünlüğü

Yargılamada dava malzemesinin, daha açık deyişle iddia ve savunmanın temelini oluşturan vakıalar ile bu vakıaların ispatı için gerekli olan delillerin kim tarafından getirileceği hususu, davanın konusuyla ilgilidir. Usulde genel ilke dava malzemesinin taraflarca getirilmesi<sup>67</sup> ise de davanın konusunun kamu düzenini ilgilendirdiği durumda dava malzemesi tarafların dışında hâkimin de sorumluluğundadır<sup>68</sup>. Bu nedenle hizmet tespiti davalarında senetle ispatın incelendiği işbu çalışmada çıkış noktası hizmet tespiti davasının konusu olmalıdır.

<sup>65</sup> Tuncay/ Ekmekçi, s. 285; Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 306; Yücel, s. 99. Sosyal sigorta ilişkisinin kamusal karakteri gereği, yargıcın delilleri resen toplamakla yükümlü olduğu yönünde bkz. Sözer, Sosyal Sigortalar, s. 473.

<sup>66</sup> Sosyal güvenlik hakkı kamu düzenine ilişkin olduğundan, bu hakka ilişkin davalarda resen araştırma ilkesinin uygulandığı yönünde bkz. Ermumcu, s. 911.

<sup>67</sup> Tanrıver, s. 248.

<sup>68</sup> Sosyal sigorta ilişkisinin kamusal karakteri gereği, yargıcın delilleri resen toplamakla yükümlü olduğu yönünde bkz. Sözer, Sosyal Sigortalar, s. 473.

Yargıtay sigortalı hizmetlerin tespiti davalarında çalışmanın ispatıyla ilgili resen araştırma ilkesini anlam ve amacına uygun biçimde uygulamasına karşın, bazen aynı davada bazen de bağımsız bir davanın konusu olarak “gerçek” prime esas kazanç düzeyinin senetle ispatını aramak suretiyle resen araştırma ilkesinden uzaklaşmaktadır. Bu hali ile Yargıtay’ın hizmet tespiti davasının iki unsurunu iki ayrı dava türü gibi kabul ettiği söylenebilir. Bu tespitimizi güçlendiren bir Yargıtay uygulaması, prime esas kazanç düzeyinin bağımsız bir davanın konusu yapıldığı hallerde, 7036 sayılı Kanunun 4. maddesindeki Kuruma başvuru koşulunun aramasıdır<sup>69</sup>. Her ne kadar yasa hükmünde Kuruma başvuru zorunluluğu bulunmayan davalar “hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere” şeklinde sigortalılık süresi üzerinden ifade edilmişse de sigortalı hizmet ya da süre olarak çalışma artı bu çalışmanın karşılığı prime esas kazanç bir bütündür<sup>70</sup>. Kuruma hizmet süresi bildirilmekle birlikte prime esas kazancı eksik bildirilen sigortalının açacağı dava da hukuken hizmet tespiti niteliğindedir<sup>71</sup>, bu nedenle Yargıtay’ın prime esas kazanç tespiti davası için Kuruma başvuru şartını araması isabetsizdir.

Hizmet tespiti davalarının yasal dayanağı 5510 sayılı Kanunun 86. maddesi, “Aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi 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” şeklindedir. Bu düzenleme tarzından hizmet tespiti davasında iş mahkemesi ilamının işveren tarafından verilmeyen aylık prim ve hizmet belgesi yerine geçeceği, aylık prim ve hizmet belgesi işlevi göreceği anlaşılır<sup>72</sup>. Zaten Kanun hükmündeki “mahkeme kararında

<sup>69</sup> “Eldeki davada davacı, prime esas kazancın tespitini istemiştir. ... 11.09.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanunun 64. maddesi ile 5521 sayılı Kanunun 7. maddesine 3. fıkraya eklenen düzenleme gereği, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaatın olması ve Kurumca müracaata konu istemin zımnen ya da açıkça reddedilmesi gerektiği dava şartı olarak düzenlenmiş olup...” Y10HD 01.07.2021 E. 2020/9568 K. 2021/9528. Benzer yönde “Açılan davanın hizmet tespiti yanında prime esas ücret tespiti davası olduğu, her ne kadar hizmet tespiti davalarında kuruma başvuru dava şartı değil ise de, prime esas kazancın tespiti yönünden kuruma başvurunun dava şartı olması nedeniyle, davacı tarafı HMK’nin 115/2. maddesi uyarınca 5521 sayılı Kanun’un 7/3. -7036 sayılı Kanun’un 4/1.maddelerindeki düzenleme doğrultusunda, davaya konu prime esas kazancın tespiti yönünden Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat etmesi ve bu müracaat hakkında Kurumun ret iradesini gösterir işlem veya eyleminin olduğunun belgelenmesi için kesin süre ihtarathı önel verilmeli...” Sakarya BAM 11.HD. 02.12.2020 E. 2020/169 K. 2020/435.

<sup>70</sup> Kabakçı, Hizmet Tespiti, s. 260; Sözer, Sosyal Sigortalar, s. 472.

<sup>71</sup> Güzel/ Okur/ Caniklioglu, s. 293.

<sup>72</sup> Kabakçı, Hizmet Tespiti, s. 260; Öztürk, Özgür, “Sigortalı Hizmetlerin Tespiti”, Çimento İşveren Dergisi, S. 1, C. 12, 1998, s. 44; Yücel, s. 97; Yılmaz, Halil, “Sosyal Güvenlik

belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları”, kanun koyucunun davanın konusu olarak hâkime talimatıdır da. Aylık prim ve hizmet belgesi işçinin ilgili dönemdeki hizmet gün sayısı ve bu günlere ilişkin kazanç bilgisini içerdiğinden, bu belgenin yerine geçecek mahkeme ilamının da bu iki unsuru, hizmet gün sayısı ve kazancı içermesi bir zarurettir<sup>73</sup> ve Yargıtay da bu zarurete işaret etmektedir<sup>74</sup>.

Bir zarurettir; çünkü mülga 506 ve şimdi 5510 sayılı Kanun sistemi sosyal sigorta esasına dayanır, bunun anlamı Kurum tarafından sigortalılara sağlanan edimler esasen onlar için işverenleri tarafından Kuruma ödenen primlerin karşılığıdır<sup>75</sup>. 5510 sayılı Kanun’da sigortalı tanımının “Kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişiyi” şeklinde prim yükümlülüğü üzerinden yapılması, altı çizilen nedenledir.

Bu nedenle sosyal güvenlik hukukuna ilişkin bütün davalar hakkında geçerli olduğu üzere, hizmet tespiti davalarında dava malzemesinin toplanması ilkesi olarak resen araştırma, hâkimin tarafların dayandığı kesin delillerle bağlı olmaması<sup>76</sup> ve bu arada senede karşı tanıkla ispat yasağının uygulanmaması davanın hem sigortalı hizmet hem de prime esas kazanç unsuru bakımından eşit derecede geçerlidir.

## 2. Senede karşı tanık yasağının uygulanması gerekçesi olarak karineler

Yargıtay sigortalı bildirimim hiç olmadığı, ortada iddia hizmetle ilgili herhangi bir yazılı delilin bulunmadığı ihtimalde, hizmet süresinin ispatıyla ilgili resen araştırma ilkesini tam olarak işletmekte, delil serbestisinden hareket etmektedir. Konu prime esas kazancın ispatı olduğunda delil serbestisi ilkesi dikkate alınmamakta, senetle ispat kuralına mutlak bir anlam yüklenmektedir, bu husus yukarıda incelendi. Hizmet tespiti talepli ikinci grup davalar, sigortalının Kuruma bildirildiği; ancak bildirilen gün sayısının (ayda 30 gün esası ile çalıştığı) ve/veya prime esas kazanç düzeyinin (örneğin

---

Hukukunda İş Sözleşmesiyle Çalışanların Prime Esas Kazançlarının Tespiti”, TBB Dergisi, 2019 (145), s. 481.

<sup>73</sup> Kabakcı, Hizmet Tespiti, s. 260; Ermumcu, s. 911, 913-914; Yücel, s. 97.

<sup>74</sup> “Bilindiği üzere, belli bir dönemdeki çalışmaların tespiti istemini içeren hizmet tespiti davası dava dilekçesinde açıkça belirtilmiş olmasa da, 506 sayılı Kanun’un 79. maddesinin onuncu fıkrasında da düzenlendiği üzere, özünde prime esas kazançlarının ve prim ödeme gün sayılarının tespiti talebini de içerir. Mahkemenin hizmet tespitine ilişkin ilamı ise işverenin Kuruma vermediği bildireler yerine geçecek belge niteliğindedir. Bu nedenle mahkeme dava sonunda vereceği kararda tespit edilen dönem için aylar itibarıyla prim ödeme gün sayıları ile 506 sayılı Kanun’un 77. maddesine göre hesaplanacak olan “o dönemdeki” bir günlük ücreti de belirtecektir” (YHGK 16.04.2019 E. 2015/10-511 K. 2019/455).

<sup>75</sup> Tuncay/ Ekmekçi, s. 178; Ermumcu, s. 902.

<sup>76</sup> Ermumcu, s. 912.

ücretinin Kuruma bildirilen asgari ücreti aşan kısmının elden ödendiği) eksik olduğudur.

Yargıtay, Kuruma bildirilen gün sayısının ve/veya prime esas kazancın gerçek duruma uygun olmadığı, eksik olduğu iddiası ile açılan davalarda, bildirim esas ücret bordrolarının, puantaj evrakının imzalı olması durumunda senede karşı tanık yasağını işletmektedir<sup>77, 78</sup>. Yüksek Mahkemenin bu konudaki imzalı bordroların davacı çalışmalarının işyerinde belirtilen ücret üzerinden ve otuz günün altında geçtiğinin karinesi olup, karinenin tersinin eşdeğer belgelerle kanıtlanması gerektiği gerekçesi ispat hukuku açısından eleştiriye açıktır. Bu uygulamaya usul hukuku açısından bakıldığında senetle ispat esasının devamı, aksinin tanık ile ispatı yasağıdır. Yoksa konunun karinelerle bir ilgisi yoktur.

Usul hukukunda ispat yüküne dair genel kuralın istisnalarından olarak karineler, belli bir olaydan belli olmayan diğer bir olay için çıkarılan sonuçtur. İlk türü olarak fiili karinelerin aksi her zaman ispat edilebilir, ikinci türü olarak adi kanuni karinelerin aksi fiili karineler gibi ispat edilebilirse de kesin kanuni karinelerin aksi ispat edilemez<sup>79</sup>. Karineler, ispat yükü açısından aksinin ispat edilebilirliği ile ilgili bir usul kurumu olup, Yargıtay'ın senet olarak imzalı ücret bordrolarının, puantaj evrakının içeriğinin karine olmasından söz etmesi senede karşı tanık yasağını ifade etmek üzeredir. Yoksa bir senedin içeriğinin karine olduğundan söz edilemez, senedin içeriğinin ispat gücü açısından ek bir unsura, örneğin genel yaşam deneyimlerinden anlaşılmasına gerek yoktur.

Bu açıdan Yargıtay'ın imzalı ücret bordrolarının ispat gücüyle ilgili bireysel iş hukukundan ve sosyal sigortalar hukukundan kaynaklanan uyumsuzluklarla ilgili farklı yaklaşımı kendi içinde esaslı biçimde tutarsızdır. Bireysel iş uyumsuzluklarında bizce de isabetli olarak “Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş söz-

<sup>77</sup> “İmzalı bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde belirtilen ücret üzerinden geçtiğinin karinesidir. Karinenin tersinin ise, eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiği söz götürmez. Başka bir anlatımla, yazılı belgelerin varlığı halinde tanık sözlerine itibar edilemez. Davalı işveren tarafından bildirimde uygun şekilde ücret bordroları ibraz edilmiştir. Davalı tarafından imzalı ücret bordrosu ibraz edilen, ancak davacı tarafından aksi yazılı delil sunulmayan dönemler bakımından davacının ücret bordrolarında gösterilenden daha fazla ücret aldığını tespit etmek mümkün değildir”, Y10HD 08.03.2021 E. 2020/6459 K. 2021/2834.

<sup>78</sup> “Davacının, işyerindeki bir kısım çalışmaları aylık bordrolara dayanılarak Kuruma kısmi olarak bildirilmiş ve bildirimde uygun olarak da primleri ödenmiştir. İmzalı bordrolar davacı çalışmalarının işyerinde otuz günün altında geçtiğinin karinesidir. Karinenin tersinin ise, eşdeğerdeki belgelerle kanıtlanması gerektiği söz götürmez... Davalı tarafından imzalı ücret bordrosu ibraz edilen, ancak davacı tarafından aksi yazılı delil sunulmayan bu aylardaki bildirilmeyen süreler yönünden ret kararı vermek gerekmektedir”, YHGK. 07.05.2019 E. 2016/626 K. 2019/522.

<sup>79</sup> Tanrıver, s. 782 vd.

leşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır”<sup>80</sup> tespiti, aslında iş ve sosyal güvenlik hukuku açısından imzalı bordroların ispat gücüyle ilgili karineyi yansıtmaktadır. Sosyal sigortalar hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda ise Kurumun maddi ve hukuki durumunu ilgilendirdiği dikkate alınarak İş Kanunu’nun ücret bordrolarına ilişkin 37. maddesi çerçevesinde bordro içeriğinin karine olarak gerçek ücret düzeyini yansıttığını söylemenin, bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarından farklı değerlendirmenin hiçbir hukuki dayanağı yoktur. İmzalı ücret bordrosunun ispat yüküyle ilgili değeri tektir, bireysel iş hukukunda da sosyal sigortalar hukukunda da aynıdır. Bu da Türkiye gerçeklerinde, yaşam deneyimlerinde, imzalı olup olmaması fark etmeksizin bordrolardaki ücret düzeyinin gerçeğe uygun olması asıl değil istisnadır, bu nedenle resen araştırma ilkesi kapsamında bordrolardaki ücret düzeyi her zaman sorgulanmalıdır.

Buna göre bireysel iş hukukunda işçinin imzası bulunsa bile ispat gücü açısından denetime açık olan ücret bordrolarıyla ilgili sosyal sigortalar alanında adete bir ticari ilişkinin eşit tarafları gibi işçinin imzaladığı ücret bordroları ile kesin olarak bağlı olduğunu söylemek, bu hukuk dalında geçerli olan zorunluluk ilkesine aykırıdır. Yargıtay’ın “karinenin tersinin eşdeğer belgelerle kanıtlanmasını” araması, fiili durumda sigortalının altından kalkması hemen hemen imkânsız bulunan bir ispat yüküne tabi tutulması anlamına gelmektedir. Hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin olup hem hizmet hem de prime esas kazanç unsuru bakımından bu davalarda resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu tereddütsüz olmakla, imzalı bordrolar karine olarak nitelendirilsin ya da nitelendirilmesin, tanıkla ispat yasağı uygulanmaz, aksi her türlü delille ispat edilebilir.

Ancak her türlü delille ispatın, basitçe örneğin bordronun aksinin tanık ile ispat edilebileceği şeklinde yorumlanmaması gerekir. Önemli olan hâkimde gerçek ücret düzeyine ilişkin tam bir kanaat oluşmasıdır, bu tek bir yazılı delilden hareket ile olabileceği gibi, sigortalının yaptığı iş, eğitimi, kıdemi vb. birçok bilgi ve unsurun hep birlikte değerlendirilmesi suretiyle de olabilir. Tüm araştırmalara rağmen gerçek ücret düzeyi hakkında hâkimde bir kanaat oluşmadığı durumda artık ispat yükü dikkate alınarak karar verilir. Yoksa resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda ispat yükü altında olan tarafın bu konuda yeteri delil getiremediği durumda, salt bu nedenle dava aleyhine sonuçlandırılmaz<sup>81</sup>, hâkimin de ilgili delilleri resen araştırması gerekir.

<sup>80</sup> Çok sayıda karardan örnek olarak Y9HD 14.09.2020 E. 2016/23002 K. 2020/7479

<sup>81</sup> Tanrıver, s. 793; Tahiroğlu, s. 100-101.

### 3. Prime esas kazançla ilişkin resen araştırmanın olası içeriği

Prime esas kazanç düzeyine ilişkin resen araştırmada senetle ispat ve bunun devamı senede karşı tanıkla ispat yasağı uygulanmayacağına göre gerçek ücret düzeyiyle ilgili mahkemede kanaat oluşturacak her türlü ispat aracının araştırılması, değerlendirilmesi gerekir. Sınırlı olmamak üzere gerçek prime esas kazanç düzeyinin tespitiyle ilgili birçok ayrıntı üzerinde durulabilir, araştırma her somut olayın koşullarına göre farklı içerikte olabilecektir.

Yargıtay, işverenden sadır bazı belgelere değer vermemektedir. Yüksek mahkemenin bu kararları, senetle ispat içtihadı ile çelişkilidir, tutarsızdır ancak bize göre isabetlidir. Ücret düzeyi konusunda işverenden sadır olsa da bordrolar ile çelişkili belgelerin ispat gücüne şüphe ile yaklaşılmalıdır çünkü “uygulamada bu tür belgelerin işverenlerce genellikle kredi çekmek veya borç altına girmek isteyen çalışanlarına sıkıntı yaşamamaları için ve aldıkları gerçek ücretin üzerinde ücret aldığı belirtilerek verildiği bilinmektedir. Diğer taraftan bu tür belgelerin her zaman için düzenlenmesinin mümkün bulunması, tahakkuk ettirilecek fark prim borcunu zaten ödeme gücü bulunmayan işverenlerce, işçinin daha fazla yaşlılık aylığı almasını sağlamak amacıyla kötü niyetli olarak tanzim edilmesinin ihtimal dahilinde olması, işverenin, Kuruma bildirdiği ücretin aslında gerçek olmadığını gösteren dolayısıyla kendisini hukuki ve cezai yönlerden sorumluluk altına sokabilecek belge düzenlenmesinin hayatın olağan akışına aykırı bulunması gibi hususlar da hep birlikte değerlendirildiğinde”<sup>82</sup> bu tür belgelerin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesinin dahi mümkün değildir.

Yargıtay aslında “tahakkuk ettirilecek fark prim borcunu zaten ödeme gücü bulunmayan işverenlerce, işçinin daha fazla yaşlılık aylığı almasını sağlamak amacıyla kötü niyetli olarak tanzim edilmesinin ihtimal dahilinde olması” tespiti ile prime esas kazancın tespitinde HMK’nın senetle ispat kuralı ve tanıkla ispat yasağı hükümlerinin neden uygulanamayacağına, dolayısıyla tereddütsüz resen araştırma ilkesinin geçerli olduğunu gerekçelendirmiş olmaktadır.

Hâkimin resen araştırmasında birçok ayrıntıyı bir arada dikkate alarak ulaşacağı hayatın olağan akışı karinesi gerçek ücret düzeyinin tespitini büyük oranda kolaylaştıracaktır. Örneğin Bakırköy 20. İş Mahkemesinin şu tespitinde olduğu üzere: “... davalı iş yerine ait 2005 yılının 12. ayında çalışan sayısının 62 olduğu, tüm çalışanların ücretlerinin asgari ücret seviyesinde tahakkuk ettirilerek prim ödemesi yapıldığı, 2007 yılı 1. ve 6. aylar arasında yine tüm çalışanların asgari ücret ve asgari ücrete yakın seviyede ücret tahakkukunun bulunduğu, dönem bordrolarının tamamı incelendiğinde davalı iş yerinde çalışanların mesleki kıdemleri, görev tanımları, yaptığı işin niteliği ve çalışma süreleri gözetilmeksizin herkese aynı asgari ücretin ödenmesinin

<sup>82</sup> Y10HD. 17.05.2021 E. 2021/707 K. 2021/6384.

işveren kayıtlarının gerçek ve fiili duruma uygun olmadığını gösterdiği, öte yandan İstanbul'un geçim koşulları dikkate alındığında kimya öğretmenin asgari ücret almasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu<sup>83</sup>.

Yargıtay'a göre somut olayın koşullarında ücret düzeyiyle ilgili hayatın olağan akışına aykırı bir durum varsa "Mahkemece yapılacak iş; ihtilafli döneme ilişkin dönem bordrolarını davalı kurumdan istemek, bordrolarda isimleri bulunan kayıtlı çalışanlar arasından re'sen seçilecek bordro tanıklarının dinlemek, dinlenen bordro tanıklarından özellikle davacının işyerinde ne iş yaptığını, usta olup olmadığını, usta ise hangi tarihe kadar düz işçi hangi tarihten itibaren usta olduğunu sormak, davacıdan mesleğine ilişkin sertifika, ustalık belgesi vs gibi belgeleri bulunup bulunmadığını sormak ve bulunuyor ise mahkemeye sunmasını isteyerek davacının mesleki niteliklerini belirlemek, davacının düz işçi olduğu sürede asgari ücretle çalışması hayatın olağan akışına uygun olduğundan bu süreyi reddetmek, usta olduğu dönem yönünden ise TÜİK'nın bildirdiği ücreti asgari ücrete orantılamak suretiyle yıllar itibariyle prime esas kazancı tespit etmektir"<sup>84</sup>.

Prime esas kazancın ispatıyla ilgili işçiden başka işyeriyle ilgili bazı ayrıntılar da dikkate alınabilir. Konu hakkında verilen örnek bir karara göre "Mahkemece yapılacak iş, Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan davacının sicil dosyası ile işyerine ilişkin dönem bordrolarını getirtmek, işyerinin kapsam ve kapasitesini belirlemek, gerektiğinde işverenin bordrolarında kayıtlı diğer işçilerin beyanına başvurmak, işverenin yaptığı bildirimler ile çalışan işçilerin niteliklerini de karşılaştırarak, işverenin çalıştırdığı işçilerin kıdem ve pozisyonuna göre gerçek ücreti üzerinden bildirilip bildirilmediği üzerinde durmak... bildirilen ücretle çalışmasının olağan olmadığı belirlendiği takdirde, işverenin aynı pozisyondaki işçilere ödediği ücretlerin gerçeğe uygun olup olmadığını değerlendirmek..."<sup>85</sup>.

## V. İSPAT ARACI OLARAK İŞÇİLİK ALACAKLARI İLAMI

Uygulamada işçilerin yargı yolu ile yasal haklarını çalıştıkları sırada aramaları istisnadır, yargıya başvuru genelde bağımlılık ilişkisinin, iş sözleşmesinin sona ermesi ertesindedir. Sigortalı bildirimini hiç olmayan ya da hizmet gün sayıları ve prime esas kazançları eksik bildirilen çalışanlar, öncelikle bireysel iş hukuku alacaklarını dava etmekte, bu davanın kesinleşmesi ertesinde sigortalı hizmetleriyle ilgili tespit davalarını açmaktadırlar. İki davanın eş zamanlı açılmaması, her iki davanın ispat şartlarının esaslı derecede farklı olması ve alacak davasında tespit davasının sonucunun kesinleşmesinin bekletici mesele yapılması nedeniyledir. Bekletici mesele uygulamasında işçilerin tazminat ve ücretleri çoğu durumda zamanaşımına uğramaktadır.

<sup>83</sup> YHGK 26.03.2019 E. 2015/3252 K. 2019/345 sayılı karara konu direnme.

<sup>84</sup> Y21HD 13.02.2018 E. 2016/10953 K. 2018/1147.

<sup>85</sup> Y21HD 09.04.2015 E. 2014/11620 K. 2015/7609.

Alacak davası lehine kesinleşen bir işçi, bu davaya ilişkin kesinleşen ilamdaki tespitlere atıf ile hizmet tespiti davası açmaktadırlar. Yargıtay'ın bu şekilde açılan bir davada işçilik alacakları konulu ilamın ispat gücü açısından tespitleri, her iki davada geçerli ispat koşullarının önemli derecede farklı olması itibariyle tereddütsüz isabetlidir. Yargıtay'a göre "davacı tarafından açılan işçilik alacaklarına ilişkin dava sonucunda verilen karar hükme esas alınmışsa da alacak davasının işbu dava bakımından kesin delil niteliğinde olmadığı ancak kuvvetli delil sayılacağı göz ardı edilmemelidir"<sup>86</sup>.

Alacak davası ertesinde prime esas kazanç düzeyiyle ilgili açılacak davada iki farklı talep olabilir. Bunlardan ilki işverenden geçmiş döneme ilişkin tahsiline karar verilen alacak tutarlarının, sigortalı hizmet kaydına prime esas kazanç olarak intibakı. İkinci ihtimal ise, alacak davasında kabul edilen ücret düzeyinin prime esas kazanç düzeyi olduğu iddiası ile tespit talepleridir.

Yargıtay 5510 sayılı Kanunun prime esas kazançların düzenlendiği 80. maddesine uygun olarak, mahkeme ilamı ile hüküm altına alınan alacağın aylık ücret olması ve aylık ücret dışındaki işçilik alacakları olması arasındaki farkı gözetmektedir. Buna göre "yargı kararı ile hak kazanılan ücret ve ücret niteliğindeki kazançların prime esas kazancına mal edilmesinde 5510 sayılı Kanunun 80/d maddesi hükümleri doğrultusunda sadece hak kazanılan ücretin uyuşmazlık konusu dönem prime esas kazanç matrahına ay be ay mal edilmesi gerektiği, ücret niteliğindeki diğer kazançların ise; bu kazançların ödenmesi koşuluyla ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına mal edilmesi, hizmet akdinin daha önceki bir tarihte sona ermiş olması karşısında ise yapılan ödemelerin çalışmanın geçtiği en son ayın prime esas kazanç matrahına mal edilmesi gerektiği gözetilerek bir sonuca gidilmesi gerekirken Bölge Adliye Mahkemesince fark ücret tutarı, ilave tediye farkı, akdi ikramiye farkı, yıpranma primi toplam tutarının dönemler halinde hesaplama yapılarak ihtilaf konusu dönem aylar itibariyle hesaplanan prime esas kazanç matrahının tespiti şeklinde sonuca gidilmiş olması isabetsizdir"<sup>87</sup>.

İşçilik alacakların yargı kararı ile hüküm altına alınıp ödendiği tarihte sigortalılığa esas iş sözleşmesinin sona erip ermemesi, buna ilişkin prime esas kazancın hangi döneme intibak ettirileceğinin belirlenmesi bakımından önemlidir. "Yargı kararı ile hak kazanılan ücret niteliğindeki kazançların ödenmesi koşuluyla, ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dâhil edilmesi, hizmet akdinin daha önceki bir tarihte sona ermiş olması karşısında ise, yapılan ödemelerin çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancında gözetilmesi gereği dikkate alınarak bir karar verilmesi gerekir"<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> Y21HD 15.06.2017 E. 2016/1691 K. 2017/5432.

<sup>87</sup> Y21HD 11.11.2019 E. 2018/6639 K. 2019/6770.

<sup>88</sup> Y10HD 17.12.2019 E. 2016/18301 K. 2019/9935.

Dolayısıyla aylık ücret dışındaki prime esas kazançların iş sözleşmesinin sona erdiği ayın kazancına intibak ettirilmesi için alacak davasında hüküm altına alınmış olmaları yeterli değildir, bunun ayrıca sigortalıya ödenmiş olması da gerekir. “İşçilik alacakları davasında hükmedilen tutarın davacıya ödenmesi halinde prime esas kazancın tespitinde dikkate alınabilecektir. Bu itibarla işçilik alacakları davasında hükmedilen tutarın davacıya ödenip ödenmediği icra dosyası da incelenmek suretiyle araştırılmalı, ödemenin varlığı ve gerçekliği halinde işçilik alacakları davasında hüküm altına alınan tutar son ayın prime esas kazancına esas alınmalıdır”<sup>89</sup>.

Son olarak işçilik alacakları davasında iddia gibi kabul edilen aylık ücret düzeyi, akabinde açılacak prime esas kazanç davasında sigortalıyı ispat yükünden kurtarmaz. Aksine yaklaşım hizmet tespiti davalarında resen araştırma ilkesinin kabul edilmesini gerektiren kamu düzeninin korunması amacı ile bağdaşmaz. Bu nedenledir ki Yüksek Mahkeme “mahkemece davacı sigortalının davalı işveren aleyhine açtığı işçilik alacağı dosyasında hüküm altına alınan ücret miktarına itibar edilerek karar verilmiş ise de ... sadece tanık beyanları veya emsal ücret araştırması yapılarak sonuca gidilmesi hukuken uygun olmadığından, davacı tarafından iddiasının ancak yazılı belgelerle kanıtlanması gerekmektedir”<sup>90</sup>.

## VI. SONUÇ

Sosyal güvenlik hakkı her insanın yaşamına dokunur, bu nedenle sağlıklı işleyen bir sosyal güvenlik sistemi herkesin ortak yararındır, kamu düzenine ilişkin olduğundan tereddüt edilmez. Bu nitelik mevzuatta zorunluluk ilkesi olarak açıkça ve özellikle düzenlenmiştir. Sosyal güvenlik sisteminin sağlıklı işleyişi için mevzuatın eksiksiz düzenlenmesi önemli ancak yeterli değildir. Mevzuatın karmaşıklığı, Kurumun denetimde yetersizliği, kaçak istihdamın yaygınlığı, yersiz edimlere hak kazanmak için muvazaalı işlemler ve başkaca birçok nedenle bu hukuk alanında her sene binlerce dava açılmaktadır. Sosyal güvenlik uyuşmazlıkları uzmanlık mahkemesi olarak iş mahkemelerinde görülmekteyse de İş Mahkemeleri Kanununun mevcut yetersiz düzenlemeleri karşısında uzmanlık salt hâkimin bu alandaki maddi hukuk bilgisi, tecrübesi ile sınırlı kalmaktadır. Çünkü İş Mahkemeleri Kanununun yargılama usulü, ilkeleri hakkında atıfta bulunduğu HMK, sözleşme özgürlüğü, bunun devamı olarak tasarruf ve dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkelerini esas alır. Yargılamaya ilişkin bu bakış açısı ise sosyal güvenlik hukukunun kamu düzenine ilişkin niteliği ile bağdaşmaz. Tüm bu nedenlerle sosyal güvenlik hukukunun amaçlarının yargılama alanında da gerçekleşmesinin güvencesi, bu alanda gerçek anlamda bir uzmanlık mahkemesinin görevli olmasıdır. Bu yoldaki önerilerimizi şu şekilde özetleyebiliriz.

<sup>89</sup> Y10HD 27.09.2021 E. 2021/3973 K. 2021/10999.

<sup>90</sup> YHGK 07.05.2019 E. 2015/21-1572 K. 2019/520

İş ve sosyal güvenlik birbirleriyle bağlantılı hukuk alanları olmakla birlikte konusu ve buna bağlı olarak geçerli ilke ve kurallar esaslı derecede farklıdır. İş hukukunun özel hukuk karakteri baskın karma niteliği, sosyal güvenlikte özel hukuktaki sözleşme özgürlüğünün tersi zorunluluk ilkesinin geçerli olduğu, kamu düzenini ilgilendiren bir hukuk dalından söz edilir. Dolayısıyla hâkimin iş ve sosyal güvenlikle ilgili maddi hukuka hakimiyeti, bu alanlara ilişkin uyuşmazlıkların hukuka uygun biçimde çözümü için yeterli olmaz. İlgili yargılamada HMK'nın irade özerkliğini esas alan genel sisteminden ayrılan, amaca uygun düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bunun ilk adımı sosyal güvenlik uyuşmazlıklarının iş mahkemelerinin görev alanından çıkarılarak uzman sosyal güvenlik mahkemelerinin kurulmasıdır. İkinci aşama olarak yabancı ülkeler örneklerinde olduğu üzere iş mahkemeleri için ayrı ve sosyal güvenlik mahkemeleri için ayrı yargılama ilke ve kurallarını içeren özel usul kurallarının kabulü gerekir. İş sözleşmesi ilişkisinde bağımlı işçinin korunması için işçi lehine nispi emredici kurallar iş hukukuna karma hukuk karakteri verdiği için, bireysel iş uyuşmazlıklarında hâkimin yargılamada işçinin korunması amacı gerektirdiği ölçüde yetkilerle donatılması gerekir. Örneğin tasarruf ilkesinin sonucu iddia ve talep ile bağıllık iş hukukunda da geçerlidir, ancak doğrunun ortaya çıkarılması için dava malzemelerinin resen araştırılması ilkesi de geçerli olmalıdır. Her ne kadar mevcut uygulamada örneğin gerçek ücret düzeyinin tespiti için hâkimin resen araştırması ilkesi kabul edilmekteyse de bunun yasa ile açıkça düzenlenmesi gerekir. Böyle açık bir düzenleme olsa idi, imzalı ücret bordrolarında fazla mesai ücreti tahakkuku olduğu durumda işçinin daha fazla çalıştığını ancak yazılı delillerle ispat edebileceği gibi bir içtihat da olmazdı.

Sosyal güvenlik hukuku uyuşmazlıklarında ise istisnasız dava malzemelerinin resen araştırılması ilkesi geçerli olmalı, bu kapsamda davadan feragat, davayı kabul ve sulh yasak olmalıdır. Bu alanda senetle ispat esasının ve tanıkla ispat yasağının uygulanması, kamu düzenini ilgilendirir niteliği ile bağdaşmaz. Kesin deliller dahi hâkimin denetimine tabi olmalıdır.

## KAYNAKÇA

Alp, Mustafa, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin 2019 ve 2020 Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020, İstanbul, Yayınlanmamış Tebliğ.

Alpagut, Gülsevil, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi” İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Mayıs 2016, 2016, s. 195-218.

Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, 2016.

Atalay, Oğuz, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, 2017.

Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, 2017.

Çenberci, Mustafa, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, 1969.

Erdönmez, Güray, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, 2017.

Ermumcu, Senem, “Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Hizmet Tespitinde Prime Esas Kazançların İspatı” Çalışma ve Toplum, 2021/2 (69), s. 899-928.

Güzel, Ali/ Okur, Ali Rıza/ Caniklioğlu, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 19. Bası, 2021.

Kabakcı, Mahmut, “Hizmet Tespiti Davaları”, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 20. Toplantısı, 29-30 Mayıs 2015, İstanbul, 2016, s. 255-272 (Hizmet Tespiti).

Kabakcı, Mahmut, “İş Mahkemelerinin Yapısı, Görev ile Yetkisi Hakkında Değerlendirmeler”, Yeni Yasal Düzenlemeler Sonrasında İş Yargılaması Sempozyumu, Av. Cengiz Özbilgin’e Armağan, Şubat 2017, 2018, s. 33-65 (İş Mahkemelerinin Yapısı, Görev ile Yetkisi).

Kabakcı, Mahmut “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018, 2021, s. 409-522 (Değerlendirme 2018).

Karslı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, 2014.

Köme Akpulat, Ayşe, İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, 2018.

Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 2016.

Özekes, Muhammet/ Atalı, Murat, “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, Aralık 2017, 2018, s. 41-126.

Öztürk, Özgür, “Sigortalı Hizmetlerin Tespiti”, Çimento İşveren Dergisi, S. 1, C. 12, 1998, s. 29-48.

Savaş Kutsal, F. Burcu, Türk Sosyal Sigortalar Hukukunun Temel İlkeleri, 2016.

Sözer, Ali Nazım, Sosyal Sigorta İlişkisi, 1991 (İlişki).

Sözer, Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, 2021 (Sosyal Sigortalar).

Tahiroğlu, Fatih, Medeni Usul Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi, 2021.

Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. I, 2016.

Tuncay, A. Can/ Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Bası, 2021.

Yavaş, Murat, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, 2. Baskı, 2020.

Yılmaz, Halil, “Sosyal Güvenlik Hukukunda İş Sözleşmesiyle Çalışanların Prime Esas Kazançlarının Tespiti”, TBB Dergisi, 2019 (145), s. 449-493.

Yücel, Merve, “Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2016, s. 75-111.