

HİZMET TESPİTİ DAVALARINDA BEŞ YILLIK HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜREYE İLİŞKİN YARGITAY UYGULAMASI

Dr. Gizem Sarıbay Öztürk¹

I. Giriş

Sosyal devletin gerçekleşme aracı olarak sosyal güvenlik, en basit tabiriyle “çalışanların yarınından emin olmak gereği”nin bir sonucudur². Ülkemizde Sosyal Güvenlik Kurumuna tabi olması gerektiği halde, Kurumun bilgisi dışında çalıştırılan önemli bir kitlenin olduğu bilinmektedir. Problemin kaynağı tek taraflı değildir. İşveren ve sigortalıların bilgisizliği, işverenin sigorta primlerini ödemek istememesi, sigortalıların prim ödemek yerine ücretlerinin artırılmasını tercih etmeleri gibi sebepler, sigortasız işçi çalıştırılmasının gerekçelerindedir. Kuruma bildirilmemiş sigortalıların sigortalı olarak geçen hizmetlerinin sonradan tespiti, Kurumun idari bir işlemiyle resen tespit biçiminde veya sigortalının iş mahkemesinde açacağı bir tespit davası ile mümkündür³.

Kuruma sigortalı işe giriş bildirimi kurucu değil açıklayıcı nitelikte olduğundan, çalışanlar işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı sayılmaktadır. Buna karşın; çalışanların sosyal güvenlik hukukundan doğan birçok haktan yararlanmaları belirli sigortalılık süreleri ve sigorta primi ödemelerine bağlanmıştır. Bu nedenle Kuruma sigortalılığının tescili, son derece önemlidir. Oysa işverenler iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların işe giriş bildirgesini veya dönem bordrolarını Kuruma hiç vermemekte veya eksik yahut geç vermektedir. Çalışmaları tam ve zamanında Kuruma bildirilmeyen sigortalılar ise Kurum tarafından sunulan edimlerden yararlanamamakta veya eksik yararlanmaktadır. Hizmet tespiti davaları, sadece Kuruma bildirilmeyen sigortalılık süresinin ve prime esas kazançların tespiti amacına yönelik değildir. Sigortalının bildirilen prime esas kazançlarının daha yüksek olduğunun, sigortalılık başlangıç tarihinin daha önceki bir tarih olduğunun⁴, başkası adına

¹ İTÜ İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi, saribay@itu.edu.tr.

² Güzel Ali/ Okur Ali Rıza/ Caniklioğlu Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. baskı, İstanbul 2021, 2; Talas Cahit, Sosyal Ekonomi, 6. Baskı, Ankara 1983, 323.

³ Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, 291.

⁴ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 2019 tarihli kararında aynen şu ifadelere yer vermiştir: “... sigortalılık başlangıç tarihinin belirlenmesine ilişkin açılan her dava, sigortalılığın saptan-

Kurum kayıtlarına yazılmış hizmetlerin kendisine ait olduğunun veya fiili hizmet süresi kapsamında olmasına rağmen normal sigortalı olarak primlerin ödendiğinin tespiti amacıyla da hizmet tespiti davası açılmaktadır⁵.

Yıllar geçse de Kurum bildirimini hiç yapılmayan, eksik veya geç yapılan sigortalı sayısı artarak devam etmektedir. Sigortalı hizmetlerin tespiti davaları hep gündemde kalmakta, uygulamaya yön veren Yargıtay kararları da öğreti ve uygulamada tartışılmaktadır. Çalışmamızın amacı sigortalı hizmetlerin tespiti davasında, dava açma süresine ilişkin esasları Yargıtay uygulamasını da dikkat alarak değerlendirmektir.

II. Dava Açma Süresi

Hizmet tespiti davası 5510 sayılı Kanun'un, 'Prim belgeleri ve işyeri kayıtları' başlıklı 86. maddesinde düzenlemiştir: "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"⁶.

5510 sayılı Kanun'un 86/9 hükmünde yer alan "...hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde..." ibaresinin kişilerin dava açma hakkını sınırladığı ve Anayasa ile güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkına ve sosyal devlet ilkesine aykırı düştüğü için, Anayasa'nın 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ve dava açma süresinin iptali iste miyle dava açılmıştır. Dava, Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa m. 49 ve m. 60 doğrultusunda Devlet'in, Anayasa'da güvence altına alınan sosyal güvenlik haklarının yaşama geçirilmesi için gerekli teşkilatı kurması ve diğer önlemleri alması, çalışma barışını sağlamak, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli yasal düzenlemeleri yapmasının doğal olduğuna, hizmet tespiti

ması istemini de içerdiğinden, aynı Kanununun 79/10. Maddesi kapsamında bir günlük çalışmanın belirlenmesi davasıdır. Bu nedenle hizmet tespit davalarındaki kanıtlama yöntem ve ilkeleri benimsenip uygulanmalı, başka bir anlatımla, sigortalılıktan söz edilebilmesi için, çalışmanın varlığı, hizmet tespiti davaları yönünden kabul edilen yöntem ve ilkelere uygun biçimde saptanmalıdır" Y10. HD, 02.12.2019, E. 2019/2370, K. 2019/9344, (www.kazanci.com.tr).

⁵ Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, 294.

⁶ İş Mahkemeleri Kanunu madde 4'e göre '5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurulması zorunludur'. Dolayısıyla hizmet tespiti davaları, zorunlu arabuluculuğun istisnası olarak düzenlenmiş olup, sigortalının arabulucuya başvurmadan, doğrudan dava açılması mümkündür.

davalarının, çalışanların Kurum kayıtlarına geçirilmemiş aylık kazanç toplamları ve prim ödeme gün sayılarının sigortalılığın hesabında esas alınmasına yönelik olmaları nedeniyle, sosyal güvenlik sistemi üzerindeki etkilerinin açık olduğuna, dolayısıyla bu davalar için öngörülen beş yıllık hak düşürücü sürenin, sistemin süreklilik arz edecek şekilde veya makul olmayacak ölçüde uzun bir süre dava tehdidi altında tutulmasının önlenmesi gerektiğine, bunun Anayasa m. 60'da öngörülen sosyal güvenlik hakkının sağlanmasına ilişkin alınması gereken tedbirlerden biri olduğuna, söz konusu sürenin sistemin istikrarının sağlanması amacıyla getirildiğine, bunun bir sınırlama olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararındaki karşı oy yazısında ise, “Anayasa'nın çalışanı özel olarak korumasına rağmen ekonomik şartlardan ve yüksek oranlı işsizlikten kaynaklanan sigortasız çalışma gerçeğinin artarak sürdüğü, kişinin çoğu kez bu duruma bilerek razı olduğu, sigorta işlemlerinin yaptırılmamasının ve primlerin ödenmemesinin insan onuruna yakışır asgari sigorta olanaklarına kavuşmada, kişi açısından ciddi ve onarılamayacak kayıplara yol açabildiği, zamanında yaptırılmayan sigorta işlemlerinin ve ödenmeyen primlerin telafisi yolunun alelade bir hak düşürücü süre gibi mütalaa edilmesinin sosyal hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşmadığı, bu bağlamda beş yıllık hak düşürücü sürenin genel hukuk düzeni içindeki hak düşürücü sürelerle kıyasla dahi yetersiz sayılabileceği, sosyal güvenlik hakkının kullanımına getirilen böyle bir kısıtlamanın demokratik bir düzende gerekli olmayan ölçüsüz bir kısıtlama olduğu, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 49. ve 60. maddelerine aykırılık nedeniyle iptali gerektiği düşüncesiyle, çoğunluk kararına katılmıyorum” ifadelerine yer verilmiştir⁷.

Hizmet tespiti davasına ilişkin beş yıllık süre, 20.06.1987 gün ve 3395 sayılı Kanun ile on yıla çıkarılmış, fakat aynı Kanunda 01.06.1994 tarihli ve 3995 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile bu süre tekrar beş yıla düşürülmüştü. Öğretide, beş yıldan on yıla çıkarılan sürenin, sonradan tekrar beş yıla indirilmesi eleştirilmiş ve sigortasız çalıştırılanların haklarının korunması bakımından bu değişikliğin anlaşılabilir olduğu, bu durumun belki yerel mahkemelerin ve Yargıtay'ın iş yükünü hafifletmek ve çok eski sigortalı çalışmaların ispatlanmasındaki güçlüklerle izah edilebileceği ifade edilmişti⁸. Benzer yöndeki bir görüşe göre ise konunun kamu düzenine ilişkin olması,

⁷ Anayasa Mahkemesi 26.01.2011, E. 2008/109, K. 2011/25, RG. 2.4.2011, No. 27893, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/04/20110402-15.htm>; Hükmün Anayasaya aykırı olduğu yönünde değerlendirmeler için bkz. Duran Abdurrahman, 506 sayılı Sosyal Güvenlik Kanununun 79/10. Maddesi Gereğince Açılan Hizmet Tespit Davalarının Yasa Hükümleri ve Yargı Uygulamaları Yönünden İncelenmesi, Sicil Dergisi, Haziran 2007, 175.

⁸ Şakar Müjdat, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay'ın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1995, 189.

ülkemizin sosyal ve kültürel değerleri ve sigortalılığın tespitine ilişkin benimsenen araştırma yöntemi de dikkate alınarak, çalışanların sigorta haklarının zarara uğramaması ve haklarına her halükarda kavuşması gerektiği gerekçeleriyle hizmet tespiti davalarının açılması belirli bir süreyle sınırlan-dırılmamalıdır⁹. Aksi yöndeki görüşe göre ise herhangi bir kayda rastlanma-ması ihtimaline karşı, geçmiş hizmetlere ilişkin uzun sürelerle ait bilgilerin eksiksiz olarak hafızalarda kalması hayatın olağan akışı ve yaşam deneyim-lerine uygun olmayacağından, söz konusu davanın süreye tabi tutulması, do-yurucu adaletin temini açısından yerindedir¹⁰.

Hizmet tespiti davalarının herhangi bir süreye tabi olmaması sosyal gü-venliğin zorunluluk ilkesi gereği yerinde olsa da ispat ve uygulanabilirlik gibi hususlar, süre sınırlamasını gerekli kılmaktadır. Herhangi bir süre sınırının olmaması, işverenlerin Demokles'in kılıcı gibi süresiz tehdit altında tutulma-sına yol açacak ve bu doğru olmayacaktır. Sosyal sigortaların işleyişinin temel ilkelerinden kişisel sorumluluk ilkesi gereği sigortalıya birtakım görevler düştüğü unutulmamalıdır. Bu nedenle hizmet tespiti davalarının açılmasının süreye tabi olması kanaatimizce de yerindedir¹¹. Dava açma süresinin niteliği ve ne kadar olması gerektiği ise ülkenin sosyal ve ekonomik koşullarına göre kanun koyucu tarafından belirlenecektir. Bu itibarla, hizmet tespit davaların-da dava açma süresi, beş yıl olarak muhafaza edilebileceği gibi, daha uzun veya daha kısa bir süre öngörebilir¹². Vurgulamak gerekir ki, Anayasamızın 60. ve 61. maddeleri ile güvence altına alınmış olan sosyal güvenlik hakkının teminine hizmet eden araçlardan biri olan hizmet tespiti davasının süreye bağlanması, ilk etapta sigortalıların çıkarlarına ters gibi gözükmele birlikte; hukuk düzeni açısından alacakların takibini daha etkin kılmak amacıyla ge-reklilik taşımaktadır¹³.

Diğer taraftan hizmet tespiti davaları için belirtilen sürenin, geriye doğ-ru tespiti istenebilecek çalışmaların süresi değil, dava açma süresi olduğu üzerinde de durmak gerekmektedir. Bu nedenle öğretilde savunulan ve anılan sürede geriye dönük olarak on (veya beş) yıla ait sigortalılığın tespit ettirilebi-leceği esasının kabul edilmesi gerektiği görüşüne¹⁴ katılmak mümkün değil-

⁹ Sözer Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2021, 471; Rüzgar Orhan, Sigortasız Çalışmaların Tespiti Davaları ve Hak Düşürücü Süre, İstanbul Barosu Dergisi, C. 91, S. 2017/4, Temmuz-Ağustos 2017, 157-161.

¹⁰ Duman Barış, Hizmetlerin Tespiti, Ankara 2002, 57, 62.

¹¹ Şakar, 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 189; Savaş Kutsal Fatma Burcu, Türk Sosyal Sigortalar Hukukunun Temel İlkeleri, İstanbul 2016, 45; Yücel Merve, Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler, Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl.2, Sayı. 3, Aralık 2016, 90-91.

¹² Savaş Kutsal, 45-46.

¹³ Duman, 57.

¹⁴ Centel Tankut, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay'ın 1996 Yılına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1998, 261-262 (1996 Kararlarının Değerlendirilmesi) .

dir. Hizmet tespiti davası ile geriye doğru bildirim yapılmayan tüm sürenin sigortalı hizmetten sayılması istenebilir¹⁵.

III. Dava Açma Süresinin Niteliği

Hizmet tespiti davasını açmak için gerekli olan dava açma süresinin hak düşürücü mü zamanaşımı süresi mi olduğuna dair Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Hak düşürücü süre ile zamanaşımı süresi arasındaki önemli farklar bulunmasına rağmen, hizmet tespiti davalarının niteliğinin kanunda açıkça belirtilmemiş olması, öğreti ve Yargıtay kararlarında farklı görüşler ileri sürülmesine sebep olmaktadır.

Özel hukukta zamanaşımı, ‘kazandırıcı zamanaşımı’ ve ‘düşürücü zamanaşımı’ olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kazandırıcı zamanaşımı, zamanın geçmesi ve bazı şartların sağlanmasıyla bir hakkın kazanılmasını sağlamaktadır¹⁶. Düşürücü zamanaşımı, bir alacakla ilgili talep ve dava hakkının kanunda öngörülen süre içinde kullanılmaması sonucunda bu hakkın dava edilmemesini ifade etmektedir. Çalışmamız açısından düşürücü zamanaşımı önem arz ettiğinden, aşağıdaki açıklamalar bu bağlamda yapılacaktır. Zamanaşımı hakkı ortadan kaldırmamakta, onun dava edilebilme niteliğine etki etmekte, onu eksik borç haline getirmektedir¹⁷. Alacak hakkı, alacaklı tarafından yasanın öngördüğü koşullar ve sürede talep edilmediği takdirde, etkin bir hukuki himayeden, dava yoluyla elde edilebilme olanağından mahrum bırakılmaktadır¹⁸.

Hak düşümü süresinde ise kişinin belli bir süre içinde, belli bir davranışta bulunmaması nedeniyle hakkın sona ermesi söz konusudur. Sürenin geçmesi ile hak tümüyle sona ermektedir¹⁹. Hak düşürücü süre itiraz; zamanaşımı ise def’i niteliğinde olduğundan, zamanaşımı ileri sürülmedikçe, hakim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz (TBK. m. 161); hak düşürücü süreyi ise hakim kendiliğinden dikkate almak zorundadır. Zamanaşımının durması ve kesilmesi mümkün olmasına rağmen (TBK. m. 153-154), hak düşürücü süreler durmaz veya kesilmez²⁰. Söz konusu özelliği sebebiyle de ilgilisi tarafından ileri sürülmesi dahi hakim tarafından davanın her aşamasında resen dikkate alınır ve hak düşürücü sürenin geçtiği anlaşıldığı takdirde dava

¹⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 298’de dn. 193; Yücel, 90.

¹⁶ Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, C. 1, İstanbul 2018, 586; Erdem Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, 5.

¹⁷ Oğuzman /Öz, 586-587; Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara 2019, 1434.

¹⁸ Tutumlu Mehmet Akif, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, İstanbul 1991, 6.

¹⁹ Oğuzman /Öz, 586; Tutumlu, 9; Erdem, 25.

²⁰ Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, Ekim 2015, 44; Oğuzman/Öz, 587; Erdem, 28.

reddedilir. Kural olarak hak düşürücü süreler, kamu yararı dikkate alınarak kabul edilmekte, yenilik doğuran haklara yönelik olmakta ve çoğu zaman zamanaşımı sürelerinden daha kısa olarak belirlenmektedir. Kanun metninden sürenin niteliğinin anlaşılmadığı hallerde, hükmün ve sürenin konuluş amacından hareketle karar vermek gerekmektedir²¹.

Öğretinin önemli bir kısmı ve Yargıtay'a göre maddenin düzenleme amacı ve kamu düzenine ilişkin ifadesi sebebiyle, hizmet tespiti davalarında dava açma süresi bir hak düşürücü süredir²². Kurum, sigortalı topluluğunu ve dolayısıyla kamu yararını dikkate almalıdır. Sigortalı çalışmaların tespiti, çok eski olaylara, şahit ifadelerine ve belgelere dayalı olarak ispata açık tutulursa; zaman içinde bu delillerin ortadan kalkması veya ispata elverişliliğini yitirme tehlikesi doğacaktır. Diğer taraftan, oldukça eski senelere dayalı delillerle sigortalılık hakkının ispatı, kamu düzenini de ters yönde etkileyebilecektir. Sürenin hak düşürücü kabul edilmesi, sigortalıyı dava açmada daha erken davranmaya itecek, sigortalı ile Kurum alacaklarının korunması açısından yerinde olacaktır. Dava hakkının süre geçince düşmesine rağmen, sigortalılık hakkı ortadan kalkmayacağından, hak düşürücü süre sadece hak arama hürriyetinin kamu yararı nedeniyle sınırlandırılması olarak değerlendirilebilecektir²³.

Katıldığımız görüşe görüşe göre ise yasa metninde açıkça sürenin niteliği belirtilmediği, zamanaşımının kesilmesine ve durmasına ilişkin esas-

²¹ Oğuzman/Öz, 587; Tuçomağ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C. 1, Genel Hükümler, İstanbul 1976, 1239; Duman, 61; Tutumlu, 10; Erdem, 16.

²² Tuncay Aziz Can/Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2021; 294; Canıklıoğlu Nurşen, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2012 Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2014, 409, 418-419; Centel, 1996 Kararlarının Değerlendirilmesi, 264; Kartal Şelale, İHU, SSK.79, No. 6, 1980/II; Kabakcı Mahmut, Hizmet Tespiti Davaları, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2015 Yılı Toplantıları (29-30 Mayıs 2015), İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2016, 268-269; Saraç Coşkun, 5510 Sayılı Yasada Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, 418; Şakar Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 11. Bası, Ekim 2014, 131-132; Korkusuz Refik/Uğur Suat, Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2013; 391; Uşan Fatih, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2013; Ertürk Şükran, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Ankara 2017, 824-825; Balcı Mesut/Yılmaz Halil, Sosyal Sigorta Prim Alacaklarının Takip ve Tahsili, Ankara 2014, 47; Cuhruk Mahmut/Çolakoğlu H. Servet/Bükey A. Avni, Sosyal Sigortalar, Kanun, İçtihat, Ankara 1997; 708; Sümer Haluk Hadi, Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2020, 101; Aslanköylü Resul, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, 705; Yılmaz Halil, Yargıtay'ın Kararları Işığında Sigortalı Hizmetlerin Tespiti Davalarında Süre, Çimento İşveren, C. 30, S.2, Mart 2016, 14; Bulut Mehmet, Türk Hukuk Sisteminde Hizmet Sözleşmesi Gereği Açılan Hizmet Tespiti Davaları, TBB Dergisi 2011 (97), 96.

²³ Saraç Coşkun, Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2010, 467-468.

ları uygulamak sigortalının daha lehine olduğu ve Kanunun amacı Kuruma bildirilmemiş sigortalıların, sosyal güvenlik haklarını korumak olduğu için dava süresinin, zamanaşımı biçiminde nitelendirilmesi daha uygundur. Hizmet tespit davaları kamu düzenini ilgilendiren davalar olduğundan hakimın takdir yetkisini kullanarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla resen araştırma yapıyor olması, söz konusu sürenin hak düşürücü süre olduğu görüşünü desteklemektedir. Buna karşın; belli bir sürenin geçmesi ile anayasa tarafından teminat altına alınan sosyal güvenlik hakkına hizmet eden dava hakkının ortadan kalkacak olması, hak düşürücü süre kavramından uzaklaşmamıza sebep olmaktadır. Sigortasız olarak çalışan kişiler bakımından uygulanacak olan beş yıllık dava açma süresi, sigortalının sosyal güvenlik hakkını korumak maksadıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Bu davalarda esas olan ve kamu yararını ilgilendiren mesele, davacının tespitini istediği dönemde gerçekten sigortalının çalışıp çalışmadığıdır. Bu şartları taşıyan bir kimsenin sırf belli bir süre içinde dava açmadığı için anayasal bir hakkının ortadan kalkacağını ileri sürmek yerinde değildir²⁴.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Yargıtay'ın yerleşmiş kararları, hizmet tespiti davası için düzenlenen beş yıllık sürenin, hak düşürücü bir süre olduğunu kabul etmekle birlikte, konuyla ilgili çok sayıda kararın birlikte değerlendirilmesinden, hak düşürücü kabul edilen dava açma süresinin, Yargıtay tarafından sigortalı lehine, adeta sosyal sigortalar hukukuna özgü bir hak düşürücü süre olarak uygulandığını eklemek gerekmektedir²⁵.

IV. Dava Açma Süresinin Başlangıcı

5510 sayılı Kanunun 86/9 hükmüne göre sigortalılar, çalıştıklarını 'hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak' beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak ispatlamalıdır. Dolayısıyla, sigortalının işten ayrıldığı yılın sonundan itibaren beş yıl içinde hizmet tespiti davası açması gerekmektedir. Hizmet tespiti davalarında dava açma süresi, sigortalının işten ayrılma gününden itibaren değil, sigortalının işten ayrıldığı yılın bitim tarihinde başlayacaktır²⁶. Bu çerçevede, Ocak ayında işten ayrılan işçi ile aynı yılın Aralık

²⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 297; Tunçomağ Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5. bası, İstanbul 1990, 193; Sözer Ali Nazım, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1991 Yılı kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1993, 166; aynı yazar, Sosyal Sigorta, 471; Okur Ali Rıza, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay'ın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1996, 152; Öztürk Özgür, Sigortalı Hizmetin Tespiti, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1998, 39-40; Yücel, 95-96; Duman, 59 vd.; Özveri Murat, Yargı Kararları Işığında 506 Sayılı Yasa ve Sosyal Güvenlik, Kocaeli: Selüloz İş. 2000, 252.

²⁵ Kabakçı Mahmut, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2021/8, 29.

²⁶ Çenberci Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985, 511; Sözer, Sosyal Sigorta, 471; Uşan Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Bası, 2009, 162; Korkusuz/Uğur, 391; Yücel, 90.

ayında işten ayrılan işçinin dava açma süresi aynıdır. Ocak ayında işten ayrılan işçinin dava açma süresi, bir sonraki yıl 1 Ocak'ta başlayacak, beşinci yıl içindeki 31 Aralıkta da son bulacaktır²⁷.

Yargıtay eski tarihli bir kararında dava açma süresini çalışma olgusunun tespit edilmediğinin öğrenildiği anda, diğer bir deyişle kayıt dışı çalıştırıldığı öğrenildiği anda başlatmıştı²⁸. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun ve Yargıtay'ın yerleşmiş kararları, dava açma süresinin başlangıcının sigortalının hizmetinin geçtiği yılın sonunda başladığı şeklindedir. Bu uygulamanın amacı, sigortalının çalışması devam ederken işverene böyle bir dava açmasının zorluğu ve işvereniyle karşı karşıya gelmesinin önlenmesidir²⁹. Yargıtay'ın bu yöndeki uygulaması, işverenle bağımlılık ilişkisi içinde çalışan sigortalıların iş sözleşmesinin devamı sırasında işveren aleyhine dava açmalarının hayatın gerçekleriyle bağdaşmaması sebebiyle yerindedir³⁰.

İşçinin kısmi süreli veya çağrı üzerine çalışması halinde, çalışmalarını Sosyal Güvenlik Kurumuna hiç veya eksik bildirilmişse, söz konusu çalışmaların da hizmet tespiti davası açılarak sigortalı hizmetten saydırılması mümkündür. Kısmi süreli veya çağrı üzerine çalışmalarda hak düşürücü süre, her kısmi çalışma için ayrı ayrı işlemeyecek olup, en son kısmi ya da çağrı üzerine yapılan çalışmanın geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıldır. Örneğin, haftanın sadece 3 günü, günde 4 saat çalışma yapan bir sigortalının bu çalışmasının 4 yıl devam ettiğini ve 2021 yılı Şubat ayında sona erdiğini ve Kuruma bildirilmediğini varsaydığımızda, 5 yıllık dava açma süresi, 2021 yılı sonundan başlayarak hesap edilecektir³¹.

İşçinin mevsimlik iş sözleşmeleriyle çalışması halinde ise mevsim sonunda iş sözleşmesi sona ermeyip, ara verilen dönemlerde iş sözleşmesi askıda olduğundan, mevsim bitiminde sigortalının beş yıllık dava açma süresine tabi olmaması gerekmektedir. Sezon sonunda verilen ara, dava açma süresini başlatmayacaktır. Dava açma süresinin başlangıcı, mevsimlik çalışmanın sona erdiği yılın sonu olarak değerlendirilmelidir. Nitekim Yargıtay 'Mevsimlik blok çalışmada, çalışılmayan dönemde hizmet akdi askıda olduğundan hükme esas alınan beş yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak, blok çalışmanın sona erdiği yılın sonunun esas alınması ve dava tarihi itibarıyla çalışma süresinin tespitinde hak düşürücü sürenin söz konusu olmaması ge-

²⁷ Sözer, Sosyal Sigorta, 471; Yücel, 91-92.

²⁸ Y10HD, 23.9.1991, 7359/7067, (www.lexpera.com.tr).

²⁹ YHGK, 14.11.2012, E. 2012/21-735, K. 2012/795 sayılı Kararı, (www.kazanci.com.tr); YHGK, 20.04.1994, 1994/158-227 sayılı Kararı (Özel Arşiv); Yılmaz, 13'de dn .24; Y10HD, 21.11.1979, E. 4275, K. 9287, Çenberci, 523; Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 298; Kartal, 2.

³⁰ Duman, 59.

³¹ Rüzgar, 140.

rektiğini isabetle belirtmektedir³². Burada vurgulamak gerekir ki, mevsimlik iş sözleşmesiyle 4 yıl boyunca yılda 5 ay çalışan sigortalının bu çalışmaları Kuruma bildirilmemişse, açılacak tespit davası için hak düşürücü süre, en son mevsimlik çalışmanın sona erdiği yılın sonundan itibaren işlemeye başlayacaktır.

V. Sürenin Başlaması ve Durması

1. Kuruma işe giriş bildirgesinin veya Yönetmelikte gösterilen belgelerin verilmiş olması

5510 sayılı Kanun m. 4/1, (a) hükmü gereği, ‘Bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından; hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar sigortalı sayılırlar’. Bu demektir ki, iş sözleşmesi ile çalışanlar yönünden, sigortalılık niteliğinin kazanılması için herhangi bir işlem yapılması gerekmemekte, iş sözleşmesi ile çalışanlar işe alınmalarıyla sigortalı sayılmaktadır. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere³³, Kurumun sigorta yardımlarını yapabilmesi ve kanunun öngördüğü diğer yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğinin tespiti, öncelikle Kurumun sigortalıdan haberdar olmasına bağlıdır. Bu sebeple işverenin çalıştırdığı sigortalıları Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işverenler m. 4/1, (a) bendi kapsamındaki sigortalı sayılan kişileri sigortalılık başlangıç tarihinden önce sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlü tutulmuştur (5510 sK. m. 8/1).

Hak düşürücü süreler, söz konusu sürenin geçmesi ile birlikte hakkı ortadan kaldırmakta, bu süreler kesilmemekte, durmamakta ve hakim tarafından resen dikkate alınmaktadır. Yargıtay sigortalıların hizmet tespiti davalarının hak düşürücü süreye tabi olduğunu belirtmesine rağmen, sigortalının sosyal güvenlik hakkının güvence altına alınması amacıyla bazı hallerde hak düşürücü sürenin işlemeyeceğini kabul etmekte, bazen de sürenin başlangıcına ilişkin olarak somut olayın özelliğini dikkate alarak bazı tespitlerde bulunmaktadır³⁴.

5510 sayılı Kanun m. 86’ya göre ‘Aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, hizmet tespiti davası açabilirler. Dolayısıyla, hizmet tespiti davası, Kuruma bildirilmemiş sigortalıların sonradan tespiti üzerine kurulmuş olduğundan, sigortalının sigortalılık belgelerinden herhangi birinin Kuruma verilmiş olması halinde, hak düşürü-

³² Y10HD, 09.11.2006, 2006/10454-14271 (karararama.yargitay.gov.tr); YHGK, 2.7.2019, E. 2016/21-1238, K. 2019/834, (www.kazanci.com.tr); Kabakcı, 2018 Kararlarının Değerlendirilmesi, 30.

³³ Bakınız, I. Giriş

³⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 300.

cü süre hiç söz konusu olmayacağı gibi, Kurumun herhangi bir şekilde, davacı sigortalının ilgili işyerinde çalıştırıldığını öğrenmesi halinde de öğrenme tarihinden itibaren hak düşürücü süre işlemeyecektir³⁵. Sigortalının Kuruma bildirilmiş olmakla birlikte, ücretinin düşük gösterilmesi ve dolayısıyla primlerinin de eksik yatırılması ihtimalinde de dava açma süresinin söz konusu olmadığı tespit edilmelidir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, konuyla ilgili bir kararında, hak düşürücü sürenin bildirimsiz kalan çalışmalar yönünden öngörüldüğünü, işverenin sigortalılara ilişkin vermesi gerekli olan belgelerden birisini dahi Kuruma vermiş veya Kurumca fiilen ya da kayden sigortalı çalışma olgusunun tespiti³⁶ halinde hak düşürücü süreden söz edilemeyeceğini yerinde olarak ifade etmiştir³⁷.

Yargıtay'ın artık yerleşmiş içtihadı gereği, 5510 sayılı Yasa'nın 86/8. maddelerine göre (önceden 506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddelerine göre) Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin (SSİY.'nin)³⁸ dördüncü kısmında işverence verilecek belgeler düzenlenmiştir. Bunlar, aylık sigorta primleri bildirgesi (SSİY. m. 16), dört aylık sigorta primleri bordrosu (SSİY. m. 17), sigortalı hesap fişi (SSİY. m. 18) vs.'dir. Yönetmelikte sayılan bu belgelerden birisinin dahi verilmiş olması halinde artık Kanun'un 79/10 hükmünde yer alan hak düşürücü süreden söz edilemez. Yargıtay uygulamasında anılan maddenin yorumu geniş tutulmakta; eğer sayılan belgelerden birisi işveren tarafından verilmişse burada Kurumun işçinin çalışmasından haberdar olduğu ve artık hizmet tespiti davası için hak düşürücü sürenin varlığından söz edilemeyeceği kabul edilmektedir.

İşverenin, çalıştırdığı işçi için işe giriş bildirgesi verdiği; ancak hiçbir prim, bildirge ve bordro vermediği, Kurumun da (sigortalının kaydı olduğu halde) primleri tahsil etmediği durumlarda, Kurumun primi ödenmemiş sigortalı hizmet sürelerinin tespiti istemiyle açılan davada hak düşürücü sürenin geçirildiği ileri sürülemez³⁹. Bu tür davalarda beş yıllık dava açma sü-

³⁵ Güzel Ali, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay'ın 1987 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1989, 262; Şakar, 1993 Değerlendirilmesi, 191; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 300; Ertürk, 82; Yılmaz, 13.

³⁶ Sigortasız çalıştırılan işçinin SGK'nın denetim ve kontrolle görevlendirilmiş memurları tarafından tespiti için bkz. V.,1.

³⁷ Güzel Ali, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2008 Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2010, 310.

³⁸ RG. 12.05.2010, Sayı: 27579.

³⁹ Çenberci, 514-515'deki kararlar; Y10HD, 10.5.1999, E. 3319, K. 3334; Y21. HD, 21.12.1999, E. 9231, K. 9316; Güzel Ali, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay'ın 1999 Yılı

resi, Kuruma işe giriş bildirgesi verilmiş olmasından sonra geçen süreler için uygulanmaz⁴⁰. Benzer şekilde, sigortalının işe giriş bildirgesi verilmiş, bir süre primleri ödenmiş, davacının işyerinde sürekli çalıştığı kanıtlanmış ise davada hak düşürücü süre yine söz konusu olmaz⁴¹. Sigortalı çalışmaların Kuruma kısmen bildirildiği hallerde de, Yargıtay eksik bildirimlere yönelik olarak açılan davalarda hak düşürücü sürenin işlemeceğine hükmetmektedir⁴². Zira, işveren tarafından işe giriş bildirgesinin verilmiş olmasına rağmen, prim, bildirge ve bordrolarının verilmemesi ve primlerin ödenmemesi ya da eksik ödenmesi durumunda, primlerin tahsili mümkün olmasına rağmen, Kurum'un yasal görevini yerine getirmeyerek, açılan dava üzerine hak düşürücü sürenin geçtiğinden hareketle, davayı reddetmesi, MK. m. 2'de yer alan doğruluk kuralına aykırılık teşkil edecek, hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır⁴³.

Bir diğer ihtimal, sigortalı için işe giriş bildirgesi verilmemekle birlikte, sigortalının sigortalı prim belgelerinde gösterilmiş olmasıdır. Bu durum dava açma süresinin işlenmesini yine engelleyecektir⁴⁴. Zira Sosyal Güvenlik Kurumunun sigortalının çalıştığını bilmediğini ifade etmek mümkün değildir⁴⁵.

Yüksek mahkeme, tüm belgelerin çalışma dönemi sonrasında Kuruma intikal ettirilmesine rağmen, sigortalıya ait işe giriş bildirgesi ve dönem bordrolarının hak düşürücü süre içinde verilerek primlerin ödenmesi durumunda da, dava açma hakkı bakımından hak düşürücü sürenin geçmediğine hükmetmektedir⁴⁶. Burada önemli olan husus, işe giriş bildirgesi, aylık prim bildireleri ve dönem bordrolarının hak düşürücü süre dolmadan Kuruma verilmiş olmasıdır. Söz konusu sürenin geçirilmesinden sonra işe giriş bildirgesinin veya diğer belgelerin kuruma verilmesi ya da prim ödenmesi hak düşürücü süreyi yeniden canlandırmaz⁴⁷. Beş yıllık süre geçirildikten sonra

Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 302.

⁴⁰ Y10HD, 18.2.1992, E. 8733, K. 1848, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1992, 39; Karş. YHGK, 26.2.2003, E. 21-43, K. 97, Legal İHSGHD, 2004/2, 606-610.

⁴¹ Güzel, 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, 302-303; Y10HD, 8.6.1989, E. 3578, K. 5067, Yargıtay Kararları Dergisi, 1989/11, 1581vd.; Saraç, 2010, 469, dn. 63'de yer alan kararlar.

⁴² YHGK 15.06.2021, 2017-2230/755 (www.lexpera.com.tr).

⁴³ Tunçomağ, Sosyal Güvenlik, 194; Yargıtay 10. HD'nin 04.04.2016 tarih ve 4101/4832 sayılı kararında da benzer nitelikte olmak üzere "Zira işe giriş bildirgesi verilmekle sigortalının çalışmasından Kurum haberdar olduğundan, artık gerekli denetimleri yapmak sigortalının sigortalı hizmetlerinin eksiksiz bildirilmesini sağlamak Kurum sorumluluğundadır. Denetim görevini yapmayan Kurum'un kendi kusurundan yaralaması düşünülemez" ifadesi yer almaktadır. Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 53, 2017.

⁴⁴ YHGK, 23.06.2004, 21-369/371, İstanbul Barosu Dergisi, 2005/1, 166-168.

⁴⁵ Y.10HD, 10.9.1996, 7556/6608, TÜBA/İİÇB:1136-11.8.1997; Güzel, Okur, Caniklioğlu, 297'da, dn 187.

⁴⁶ Y 21.HD. 04.10.2005, E. 4273, K. 8945 (Özel Arşiv), Yılmaz, 16'da dn. 44.

⁴⁷ Y10.HD, 05.02.2007, 2006/13702-1593K, (karararama.yargitay.gov.tr), Yılmaz, 16'da dn. 45.

verilen işe giriş bildirgesi de hak düşürücü sürenin işlemesine engel değildir. Beş yıllık süre geçtikten sonra verilen işe giriş bildirgesine rağmen, dava açma süresi geçirildiği için dava, süre nedeniyle reddedilecektir. Süresinde verilmeyen işe giriş bildirgesinin Kurum tarafından kabul edilip, primlerin kullanılmış olması dahi, gecikmesi dolayısıyla, hatalı işlemi geçerli hale getirmeyecek ve hakkın özünü ortadan kaldıran hak düşürücü süreyi yeniden canlandırmayacaktır⁴⁸.

Diğer taraftan bir ilköğretim okulunda, sözleşmeli öğretmen olarak çalışan sigortalının Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen sigortalı hizmetlerinin tespiti istemine ilişkin davada, yönetmelikle tespit edilen belgeler işveren tarafından verilmemiştir. Yargıtay maaş ücret defterinde, kişinin çalışmaları karşılığında emekli keseneğinin kesilmiş olmasını, hak düşürücü süreyi işletmeyen işlem ya da belge niteliğinde kabul etmemiştir⁴⁹. Keza tasarrufu teşvik kesintilerinin yapıldığını gösteren belgeler prim kesintisini göstermediğinden, hak düşürücü süreyi engellemez⁵⁰.

2. Çalışmanın Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca tespit edilmesi

5510 sayılı Kanun'un 'Kurumun denetleme ve kontrol yetkisi' başlıklı 59. maddesine göre 'Bu Kanun'un uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetimi, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları eliyle yürütülecektir'. Hüküm doğrultusunda, sosyal güvenliğin sağlanması ve kayıt dışı çalışmanın önlenmesi amacıyla Kurum tarafından görevlendirilen memurlar rapor düzenlemektedir.

Bilindiği üzere, hizmet tespiti davalarında hak düşürücü sürenin işlenmesi için, Kurumun sigortalı olarak çalışma olgusundan gerçekten habersiz olması gerekmektedir⁵¹. Kurum, sigortalı sayılması gereken bir kişinin varlığını, yaptığı olağan veya şikayet denetimleri sonucu ya da resmi veya özel makamlar tarafından kendisine yapılan bildirimlerle öğrenirse, dava açma süresi söz konusu olmamaktadır⁵². Bu demektir ki, sigorta müfettişi raporu ile işveren aleyhine tespite ilişkin kesinleşmiş karar veya çalışmaların belirlenmesi halinde, sigortalı çalışanlardan Kurumun haberdar olması sebebiyle, ar-

⁴⁸ YHGK, 17.04.2013, 2013/1483-557 sayılı Kararı (karararama.yargitay.gov.tr), Yılmaz, 15, dn. 39.

⁴⁹ Y10HD, 03.03.2014, E. 2013/13368-4310 (karararama.yargitay.gov.tr), Yılmaz, 16'da dn. 55.

⁵⁰ Y21HD, 23.06.2015, 2015/5724-14486 sayılı kararı (karararama.yargitay.gov.tr), Yılmaz, 16'da dn. 56.

⁵¹ Tuncay A. Can, "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, Ankara 2015, 488.

⁵² Sözer, Sosyal Sigorta, 472; Korkusuz/Uğur, 313-314; Bilgili Abbas, Hizmet Tespiti Davaları, Adana 2011, 30 vd.

tık dava açma süresinden bahsetmek mümkün değildir⁵³. Nitekim Yargıtay'ın artık yerleşik kararlarında da belirtildiği üzere, çalışmaların sigorta müfettiş raporu ile saptanması durumunda, o tarihten itibaren hak düşürücü süreden söz edilemez⁵⁴.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 08.10.2018 tarih ve 4131/7653 sayılı kararında tartışmaya neden olacak şekilde şu ifadelere yer verilmiştir: 'Dosyanın tetkikinde; davacının, 1995 Aralık ile 1998 Haziran arasında puantaj kayıtları ve maaş bordrolarına göre usta öğretici olarak ders saati karşılığı çalıştığı belirgin ise de maaş bordroları incelendiği zaman prim kesintisinin yapılmadığı anlaşılmakta olup; kaldı ki davacının çalışmalarının Kurumca hak düşürücü süre sonrasında 15.12.2006 tarihli 86 KD-56 sayılı raporla tespit edildiği görülmektedir. Bu haliyle hak düşürücü süre geçmiştir'.

Katıldığımız görüşe göre davacının kamu işverenliğinde 1995-1998 döneminde geçen hizmetinin sonradan kurum tarafından 2006 yılındaki tespitinin hak düşürücü sürede olmadığından reddi gerektiği yönündeki Yargıtay görüşü, şüphe uyandırmaktadır. Zira, kanun sisteminde hizmet tespiti davasının öznesi, dava açma hakkının sahibi sigortalıdır (ya da vefatı durumunda hak sahipleridir). Sigortalının beş yıllık hak düşürücü sürede açması gerektiği dava, ilgili hizmet hakkında işverenin bir bildirimiminin yahut kurumun da tespitinin bulunmaması şartlarının bir arada gerçekleşmesine bağlıdır. Bu iki durumda artık hak düşürücü süreye tabi olmadan dava açılabilir⁵⁵. Dava konusu olayda, müfettiş raporu ile sigortalının hizmeti tespit edildiğinden, dava açma süresinin geçtiğinin kabul edilmesi yerinde değildir.

Ayrıca yukarıda üzerinde durulan kararda⁵⁶ Yargıtay, sigortalılar hakkında getirilen beş yıllık hak düşürücü sürenin, kurumun resen tespit hakkına da etki edeceği yönünde bir değerlendirmede bulunmaktadır. Oysa, 5510 sK. m. 86/8'e göre, 'Kurumun denetim ve kontrole görevli memurlarınca işyerinde fiilen yapılan tespitlerden ve kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden kayıt ve belgelere dayanmaksızın çalıştığı belirlendiği halde, hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının Kuruma bildirilmediği anlaşılan veya eksik bildirildiği tespit edilen sigortalıların geriye yönelik hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının, en fazla tespit yapıldığı tarihten geriye yönelik bir yıllık süreye ilişkin kısmı dikkate alınır'. Kanun koyucu, tespit bir yıl süreyle sınırlı oluşunu fiili tespite özgü olarak düzenlemiştir. Kaydı tespit ise bir süre sınırı olmaksızın, kayıtlardan anlaşılan sürelerin tümü için

⁵³ Y21.HD, 10.12.1996, 6785/6844, YKD, C:23, S.5, Mayıs 1997, 779; Duman, 67.

⁵⁴ Y21.HD, 10.12.1996, 6785/6844, YKD, 1997/5, 779 vd.

⁵⁵ Y10.HD, 08.10.2018, E. 2018/4131, K. 2018/7653, (www.karararama.yargitay.gov.tr); Kabakcı, 2018 Kararlarının Değerlendirilmesi, 31-32.

⁵⁶ Y10.HD, 08.10.2018 tarih ve E. 2018/4131, K. 2018/7653, (www.karararama.yargitay.gov.tr).

yapılabilir. Kanunda kurumun tespitte bulunabileceği süreye ilişkin bir sınırlandırma getirilmemiştir. Bu durum, sosyal sigorta hakkının zorunluluğu ilkesine uygundur. Kurum bir süre sınırı olmaksızın her zaman tespitte bulunabildiğine ve kurumca tespit edilen hizmetlerle ilgili sigortalı tarafından dava açılabilmesi belirli bir süreye bağlanmadığına göre, yukarıda üzerinde durulan kararda, sigortalılar hakkında getirilen beş yıllık hak düşürücü sürenin, kurumun resen tespit hakkına da etki eder biçimde değerlendirmede bulunulması yerinde değildir⁵⁷.

3. Blok çalışmaları

Sigortalı bir süre kayıt dışı çalıştırdıktan sonra, Kuruma işe giriş bildirgesinin verilmesi, fakat gerçekte çalışmaların bildiregelerin verildiği tarihi de kapsayacak şekilde kesintisiz devam etmiş olması, Yargıtay tarafından kesintisiz veya blok çalışma olarak ifade edilmektedir⁵⁸.

Sigortalının, aynı işverenin değişik işyerlerinde veya aynı işyerinde, kesintisiz biçimde devam eden çalışmalarının bulunması; ancak işe giriş bildirgesinin geç verilmesi ihtimali bakımından hizmet tespiti davasında yer alan hak düşürücü sürenin ne şekilde değerlendirileceği üzerinde de durmak gerekmektedir.

Yargıtay kararlarında blok çalışma halinde hak düşürücü sürenin geçtiğinden bahsedilmesinin mümkün olmadığına isabetle hükmedilmektedir. Sigortalının Kuruma bildirim yapıldığı tarihten önceye ilişkin çalışmaları, bildiregelerin verildiği tarihleri de kapsar biçimde kesintisiz devam etmiş olursa, Kuruma bildirilmeyen çalışma süresi yönünden hak düşürücü sürenin hesaplanmasında, bildirim dışı tutulan sürenin sonu değil, kesintisiz olarak geçen çalışmaların sona erdiği yılın sonu başlangıç alınmalıdır⁵⁹. Zira sigortalının çalıştığı süre boyunca hak düşürücü süre işlemez. Burada önem arz eden husus, çalışmanın kesintisiz devam ettiğinin kanıtlanmış olmasıdır⁶⁰. Kesintisiz çalışmada hizmet tek olduğu için ve Kuruma bildirilmeyen ilk kısım olduğundan, Yargıtay'ın bu kabulü Kanundaki düzenlemeyle uyumludur⁶¹. Yargıtay'ın hak düşürücü süreyle ilgili kararlarında kullandığı blok çalışma deyimini, iş hukukundaki askı teorisinin sosyal sigortalara yansımaları olarak nitelendirebiliriz⁶².

⁵⁷ Kabakçı, 2018 Kararlarının Değerlendirilmesi, 31-32.

⁵⁸ Kabakçı, 2018 Kararlarının Değerlendirilmesi, 29; Y10. HD, 18.09.2019, E. 2018/10029, K. 2019/6212; Y21.HD, 26.11.2018, E. 2017/3829, K. 2018/8674, (www.kazanci.com.tr).

⁵⁹ Y21.HD, 17.09.2015, 2014/21832-16723, (karararama.yargitay.gov.tr).

⁶⁰ Yılmaz, 19.

⁶¹ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 301; Tuncay/Ekmekçi, 293'de dn. 64; Kabakçı, 2018 Kararlarının Değerlendirilmesi, 31.

⁶² Kabakçı, 2018 Kararlarının Değerlendirilmesi, 30.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 26.11.2018 tarih ve E. 2017/3829, K. 2018/8674 sayılı kararı, blok çalışmada kuruma bildirimden önceki dönem hizmeti için hak düşürücü sürenin uygulanmayacağı yönündedir: “Dava-cı adına davalı ...Okul Aile Birliği işyerinden 09.05.2007-15.06.2007 ve 21.09.2007-13.06.2008 tarihleri arasında bir kısım hizmetlerin bildirildiği, davacının Eylül 2003 ile Temmuz 2009 tarihleri arasında kesintisiz çalıştığını iddia ettiği, okulun yaz tatili nedeniyle kapalı olduğu dönemlerde de iş akdi-nin askıda olduğu belirgin olup, davacının talep edilen tarih aralığında ke-sintisiz çalıştığı ispatlandığından, Bölge Adliye Mahkemesince dava tarihine göre hak düşürücü süreye uğradığı gerekçesiyle Eylül 2003- 09.05.2007 dö-nemi açısından hizmet tespiti isteminin reddine karar verilmesi hatalıdır”⁶³.

Diğer taraftan, sigortalının birden çok işe giriş bildirgesi bulunmasına rağmen, çıkış bildirgesinin bulunmaması durumunda, ilk işe giriş bildirge-si ile son işe giriş bildirgesinin verildiği tarihler arasında geçen çalışmaları kesintisiz gibi değerlendirilecek, hak düşürücü süre işlemeyecektir⁶⁴. Sigor-talının çıkış bildirgesi varsa hak düşürücü süre her çalışma için ayrı ayrı he-saplanacaktır⁶⁵. Dolayısıyla, çıkış tarihinden sonra işçinin aynı işyerinde ça-lışmasını sürdürmesi veya hak düşürücü süre içerisinde tekrar aynı işyerine girerek çalışması, hak düşürücü sürenin işlemesine engel değildir⁶⁶. Ancak sigortalı adına birden çok işe giriş ve işten çıkış bildirgesi verilerek sigorta-lının işten ayrılmış gibi gösterilmesine rağmen, sigortalının işten ayrılmayıp çalışmasını sürdürdüğünün ispat edilebilmesi durumunda, sigortalının işten ayrıldığı gösterilen önceki çalışmaları için hak düşürücü süre söz konusu ol-mayacaktır⁶⁷.

⁶³ Karar için bkz. Kabakcı, 2018 Kararlarının Değerlendirilmesi, 30.

⁶⁴ Y21.HD, 26.04.2016, 2015-10576/7388; aynı yönde Y21.HD, 22.06.2020, 2019-4871/2554, (www.lexpera.com.tr); nitekim adı geçen kararlarda aynen şu ifadeler kullanılmıştır: “Yerleşik Yargıtay görüşü; birden ziyade işe giriş bildirgesi verilmesi halinde çıkış yok ise ilk işe giriş bildirgesi ile son işe giriş bildirgesinin verildiği tarihler arasında geçen çalışmaların hak düşürücü süreye uğramayacağı”.

⁶⁵ Söz konusu ihtimale ilişkin değerlendirmeler için bkz. VI. Sigortalının aynı işverenin aynı veya farklı işyerlerinde; ancak kesintili çalışması.

⁶⁶ Y21.HD, 26.04.2016, 2015-10576/7388 sayılı kararı; Y21.HD, 22.06.2020, 2019-4871/2554, (www.lexpera.com.tr); Y21.HD, 25.11.2014, 2014/22132-25306, (karararama.yargitay.gov.tr)

⁶⁷ Y10.HD, 04.11.2021, 992/13521, (www.lexpera.com.tr); Y10.HD, 13.12.2004, 8484/11738, (www.legalbank.net); Y21.HD, 24.11.2008, 2008/10029-18311 (karararama.yargitay.gov.tr).

4. Özel Durumlar

a. Sigortalının aynı işverenin aynı veya farklı işyerlerinde fasilalı çalışması

Sigortalının özlük dosyasında birden fazla işe giriş bildirgesinin varlığı, sigortalının kesintili çalıştığına karine oluşturmaktadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2003/21-43 Esas, 2003/97 Karar ve 26.02.2003 tarihli kararına göre, kural olarak işe giriş bildireleri ve ücret ödeme bordroları sigortalının imzasını içermelidir. Sigortalı, anılan belgeleri hile, hata veya manevi baskı altında imzaladığını ileri sürmemiş veya imzanın kendisine ait olmadığını ya da kesintisiz çalıştığını iddia etmemiş ise birden fazla işe giriş bildirgesinin varlığı ve işyerinden yapılan kısmi bildirimler, sigortalının o işyerinde kesintili çalıştığına karine oluşturur. Bu karinenin aksinin ancak eş değerde delillerle kanıtlanması gerekmekte olup tanık sözlerine itibar edilemez⁶⁸.

Sigortalıların çeşitli gerekçelerle mevcut işyerlerinden ayrılarak farklı işyerlerinde çalışmaya başlamalarına, belirli bir zaman sonra ise tekrar eski işverenlerinin aynı veya farklı işyerlerine geri dönmelerine; böylelikle sigortalıya ait birden çok işe giriş ve çıkış bildirgesinin varlığına, uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Bu ihtimallerde sigortalıların önceki ve sonraki çalışmaları yönünden dava açma süresinin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği önem arz etmektedir.

Sigortalının işten ayrılması ve beş yıllık hak düşürücü süre içinde yeniden işe girişi; başka bir deyişle kesintili çalışma durumunda, dava açma süresinin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği noktasında ise Yargıtay'ın önceki ve şimdiki kararları farklılık arz etmektedir.

Yargıtay önceki tarihli kararlarında sigortalının, işinden ayrıldıktan sonra ancak dava açma süresi içinde tekrar aynı işyerinde veya aynı işverenin başka bir işyerinde çalışmaya başlaması halinde, hak düşürücü sürenin geçmediğini, hak düşürücü sürenin ikinci çalışma esas alınarak hesaplanacağını⁶⁹; ancak on yıllık (şimdi beş yıllık) hak düşürücü süre geçtikten sonra işçinin tekrar aynı işyerine girmesi halinde, artık eski hizmetlerinin talep edilemeyeceğini kabul etmekteydi⁷⁰. Söz konusu karar, işçinin çıkarlarını koruyucu, adalet duygularını doyurucu olmasına rağmen, hak düşümü kuralına

⁶⁸ Karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, 2020/1, 477-480; aynı yönde karar için bkz. Y10HD, 24.10.2019, E. 2017/5936, K. 2019/7957, (www.kazanci.com.tr).

⁶⁹ Y10HD, 7.5.1984, 2385/2494; Y10HD, 17.4.1984, 1899/2130; Y10HD, 28.2.1984, 893/1189, Çenberci, 513; Y10. HD, 25.12.1986, E. 6875, K. 7110, ; Y10HD, 22.11.1988, E. 6391, K. 6564; Yargıtay Kararları Dergisi, Mart 1989, 361.

⁷⁰ YHGK, 28.4.1993, 10-78/186; 24.2.1993, 10-768/78, İKİD, Kasım. 1993, 9907-9908; Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 299'da dn. 196.

aykırıydı. Zira, hak düşürücü sürenin durması ve kesilmesi mümkün değildir⁷¹.

Yargıtay belirtilen görüşünden artık vazgeçmiş olup, günümüzde Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı da bu sürenin hak düşürücü bir süre olduğundan, mahkemece resen dikkate alınması gerektiği, sürenin kesilmesi ya da durmasının mümkün olmadığı yönündedir⁷². Yargıtay'ın isabetli bulunduğu yeni kararlarına göre, sigortalının kesintili çalışması sebebiyle birden fazla işe giriş ve işten çıkış bildiriminin varlığı halinde, hak düşürücü süre, kesintinin öncesi ve sonrasında oluşacak her çalışma dönemi için ayrı ayrı hesap edilerek belirlenmelidir⁷³. Hak düşürücü süre, önceki sözleşmenin sona erdiği tarihi takip eden yılbaşından itibaren işlemeye başlayacaktır. Yargıtay kararlarından birinde ise hizmet cetvelinde davacının 01.03.1998 – 31.08.1999 tarihleri arasındaki çalışmaları davalıya ait işyerinden tam olarak bildirilmiş, 11.11.1995 - 31.12.1997 tarihleri arasında ise davacı dava dışı başka işyerlerinde çalışmıştır. Mahkemece 01.09.1999 - 01.06.2000 tarihleri arasındaki çalışmaların tespitine ilişkin talebin kabulüne karar verilmesinin doğru olduğu; ancak hizmetin kesintiye uğraması ve hak düşürücü süreyi kesen unsurların bulunmaması nedeniyle 01.01.1998 tarihinden önceki çalışmaların, dava tarihi olan 26.11.2003 tarihi itibarıyla hak düşürücü süreden reddine karar verilmesi gerekirken, bu süreler yönünden de davanın kabulüne karar verilmesinin isabetsiz olduğu belirtilmiştir⁷⁴. Bu noktada, sigortalının kesintili çalışması sebebiyle her iki dönemde de işe giriş bildirgesi verilmiş ise ilk dönem için süre işlemeyecektir. Sigortalı işçi bu döneme ilişkin istediği zaman dava açabilir. Yeniden işe girdiği ikinci dönem için işe giriş bildirgesinin verilmemiş olması halinde işten çıkış yılının sonundan itibaren beş yıl içinde dava açılması gerekecektir⁷⁵. Hak düşürücü sürenin geçmesi sonrasında sigortalının aynı işyerinde işe girmesi ihtimalinde ise artık eski hizmetlerin tespitinin istenmesi mümkün değildir⁷⁶.

Sigortalının farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışması halinde ise her işyerindeki ayrılış tarihini izleyen yılbaşından itibaren hak düşürücü süre işlemeye başlayacaktır. Ayrıca Yargıtay, tespiti istenilen sigortalılık sürelerinin

⁷¹ Kartal, 3; Tuncay/Ekmekçi, 294; Okur Ali Rıza, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından Yargıtay'ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2002, 228; Öztürk, 41; Yılmaz, 19; Duman, 63.

⁷² YHGK, 7.6.1995, 408/591; Y10.HD, 10.9.1996, 7556/6608; TÜBA/İİÇB; 1136; Y21HD, 12.5.2008, E. 2008/7382, K. 2008/7633; İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, S. 2008/5, 2743-2744; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 299'da dn. 196.

⁷³ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 301; YHGK, 14.11.2012, 2012/735-795 sayılı Kararı (karararama.yargitay.gov.tr).

⁷⁴ Y21. HD, 22.10.2009, E. 2008/13418; K. 2009/13375; İstanbul Barosu Dergisi, C. 84, S. 2010/2, 1295-1296.

⁷⁵ Yılmaz, 19.

⁷⁶ Y21HD, 15.09.2014, 2013/22508-17354 (karararama.yargitay.gov.tr).

öteki işyerlerindeki çalışma süreleriyle çakışmaması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁷. Bir sigortalının aynı anda birden fazla işyerinde çalışmasının mümkün olması sebebiyle, bu karara tereddütle yaklaşılmalıdır. Nitekim Kurumun 2019/9 sayılı Genelgesinin 8. başlığında da bu husus açıkça vurgulanmıştır. Ancak sosyal sigorta mevzuatımıza göre ay hiçbir zaman 30 günü geçemeyeceği için sigortalının tespitinde hukuki yararının olmadığı düşünülebilmekle birlikte, tespit ile sigortalının sadece çalıştığı günlerin değil prime esas kazançların da belirlenmesi sebebiyle tespiti yapılan ve Kuruma ödenmesi gereken prime esas kazançlar sigortalının aylık miktarını artırabileceğinden böyle bir tespitinde hukuki yarar olduğu kabul edilmelidir⁷⁸.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, resmiyette kesintili çalışmanın varlığı halinde, kesintinin öncesi ve sonrasında oluşacak her çalışma devresi için dava koşullarının varlığının belirlenmesi gerektiğini ifade ederek, somut olayda, dosyaya sunulan ücret bordroları, hizmet belgesi, pasaport fotokopisi ve diğer belgelerden, dava konusu döneme ilişkin olarak davacının davalıya ait işyerinde aralıksız çalışma olgusu anlaşılırsa, hak düşürücü süreden söz etmenin mümkün olmadığını yerinde olarak belirtmiştir⁷⁹. Başka bir deyişle aslında sigortalı işyerinde hep kesintisiz çalışmasına rağmen, belirli aralıklarla sigortaya girişi yapıldıktan sonra sigortadan çıkışı gerçekleştirilmekteyse konuyu farklı değerlendirmek gerekmektedir. Çoğu zaman çalışanların bundan hiç haberi olmamakta, sigortalının herhangi bir nedenle Kuruma başvurması durumunda, sigortalı bu farklılığı öğrenmektedir. Bu tür davalarda, çalışmanın aslında kesintisiz olması sebebiyle, dava açma süresi sigortalının işten ayrıldığı yılın sonundan itibaren başlayacaktır⁸⁰.

b. Sigorta primlerinin sigortalının ücretinden kesilmiş ancak Kuruma bildirilmemiş ve ödenmemiş olması

İşverenin sigortalının ücretinden primleri kesmesi; ancak kesintileri, prim belgelerini Kuruma göndermemesi ve sigortalıyı Kuruma bildirmemesi halinde, sigortalı kendisinin sigorta kayıtlarına bildirilmediğinden haberi olmadığı için kendisini sigortalı olarak zannedecektir. Sigortalı bu durumu bir vesileyle öğrendiğinde, dava açma süresine ilişkin nasıl bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği noktasında öğreti ve Yargıtay geçmişten günümüze konuyu tartışmakta ve konu hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Temel sorun, hak düşürücü sürenin, sigortalının Kuruma bildirilmeyen çalışmalarını öğrendiği tarihten itibaren mi başlaması; yoksa hak düşürücü sürenin

⁷⁷ Y10HD, 3.2.1987, 6867/6741, Yasa, Eylül 1998, 1332; Y21HD, 26.9.2005, E. 2005/3889, K. 2005/8310, (www.kazanci.com.tr); Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 302'de dn. 215.

⁷⁸ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 302.

⁷⁹ Güzel, 2008 Kararlarının Değerlendirilmesi, 310.

⁸⁰ Rüzgar, 138. Kesintisiz çalışma için bkz. V, c. Kesintisiz (blok) çalışmalar

geçtiğinden hareketle dava açma hakkının yitirildiğinin mi kabul edilmesi gerektiğidir?⁸¹.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 27.10.1987 tarihli kararında, hizmet tespiti davasında öngörülen hak düşürücü sürenin, işverenin işyeri kayıtlarını usulüne uygun olarak düzenlediği, davacıya ait ücret bordrolarını tuttuğu ve ödenen ücretlerden sigorta primlerini kestiği hallerde uygulanmayacağı, çünkü böyle bir ihtimalde ‘yönetmelikte tespit edilen belgelerin, işveren tarafından düzenlenmediğinin söylenemeyeceği...söz konusu belgelerin bilgisizlik, kayıtsızlık ve muhasebe hatası sonucu Kurum kayıtlarında gözükmemiş bulunmasının da mümkün olduğu...Kurumun denetlemeye yetkili elemanları eliyle yasa ve tüzük hükümleri gereğince işyeri ve kayıtları üzerinde belirli zamanlarda yapmakta olduğu denetlemelerde, gördükleri yasal noksanlıkları bildirme, örneğin işverenlerin yükümlülüklerini Anayasa’dan kaynaklanan sosyal güvenlik ödevinin bir sonucu olarak Yasa’ya uygun olarak yapmaları konusunda, işvereni uyarma görevini yerine getirmediğinin açık seçik olduğu, hal böyle olunca, ...hak düşürücü sürenin bu davada uygulanma olanağının olmadığı ortada olduğu, tersinin kabulünün Kuruma kendi kusurundan yararlanma olanağı tanımak ve bunun hukuksal sonuçlarını da sigortaya yüklemek olacağı ki, buna ne yasaca ve ne de hukukça olanak olmadığı’ şeklinde hüküm kurmuştur⁸².

Yargıtay, sonraki kararlarında da bu görüşünü sürdürmüş⁸³; 1996 tarihli bir kararında da, işveren tarafından prim kesintisinin yapılmasına rağmen, bu kesintinin Kurum kayıtlarına 4/1, b ve m. 4/1, c kesintisi olarak geçmesinin, hak düşürücü süreyi işletmeyeceğini belirtmiştir⁸⁴.

Yargıtay, çok tartışılmış kararlarından bir diğerinde, resmi kuruluşlarda geçen sigortalı çalışmalar nedeniyle ücret tediye bordrolarından sigorta primlerinin kesildiğinin anlaşılması halinde de hak düşürücü sürenin işletmeyeceğine; hak düşürücü sürenin, sigortalının kuruma bildirilmeyen çalışmalarını öğrendiği tarihten itibaren başlaması gerektiğine hükmetmiştir⁸⁵. Kararda uzunca bir karşı oy yazısı bulunmaktadır. Karara konu olayda, işyeri bir Belediye olup, ücret tediye bordrolarında sigorta primlerinin kesildiği anlaşılmakta, Belediye, sigortalıyı Kuruma bildirdiğini iddia etmesine rağmen, bunu kanıtlayamamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu çoğunluğu, yasal

⁸¹ Y10HD, 23.09.1991, 7359/7067, YKD, 1992/1, 68 vd.

⁸² Karar ve değerlendirme için bkz. Güzel, 1987 Kararlarının Değerlendirilmesi, 262-263.

⁸³ Y21HD, 25.1.1996, E. 1996/173, K. 1996/158, Yargıtay Kararları Dergisi, XXII, Ağustos 1996, 1124-1126; kararın eleştirisi için bkz. Centel, 1996 Kararlarının Değerlendirilmesi, 259-261; aynı yönde farklı kararlar için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 296’da, dn 184 deki kararlar.

⁸⁴ Y10.HD, 30.01.1996, 195/556, (Özel Arşiv), Yılmaz, 17’de dn. 60.

⁸⁵ YHGK, 21.04.1993, E. 1993/10-30, K. 1993/173; Şakar, 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 191-192; Saraç, 2011, 420; Yılmaz, 17.

süresi içinde düzenlenen belgelerin ve kesilen primlerin bilgisizlik, kayıtsızlık, ihmal ve muhasebe hatası sonucu Kurum kayıtlarına intikal etmemiş olmasından sigortalının sorumlu olmadığını, Kurumun denetim elemanlarının bu konuda işvereni uyarma görevi içinde olduklarını kabul etmektedir. Karşı oyda bulunan üyeye göre ise bu kabul, hak düşürücü süre hükmünü uygulanamaz hale getiren bir sonuç doğurmaktadır. Olaydaki sorumlu, ne sigortalı ne de Kurumdur. Sorumlu, sigortalının işverenidir. Sigortalı, işverenin kendisini aldatmasından kaynaklanan zararını işverenden talep edebilir⁸⁶. Bu karar, borçlunun (işverenin) hileli davranışı ile alacaklının (sigortalının) hakkını talep etmesini engellemesinin; alacaklıda yarattığı meşru güvene aykırı hareketi nedeniyle Medeni Kanun m. 2/II uyarınca hakkın kötüye kullanımına yol açmasını andırdığı; ancak bu tarz bir sınırlama mümkün olsaydı, hakkın kötüye kullanımını nedeniyle, hak düşürücü sürenin öğrenme tarihinden başlatılması değil, hiç işlememesi gerekçesiyle eleştirilmiştir⁸⁷.

Yargıtay'ın sözünü ettiğimiz kararlardaki çözümü, sosyal gereklere ve sosyal güvenliğin sigortalıyı koruma ilkesine uygun düşmekte, Kurumu yasal ödevlerini yerine getirmeye itici bir etkiye sahip bulunmaktadır. Bununla birlikte, teknik hukuk açısından tartışmaya açıktır. Çünkü Kanun, yönetmelikte belirtilen belgelerin Kuruma verilmemiş olmasını esas almaktadır. Halbuki, belgelerin işveren tarafından usulüne uygun olarak düzenlenmiş olması yeterli olmayıp, Kuruma da verilmiş olması gerekmektedir. Hizmetlerin Kuruma bildirilmediği tartışmasız ise dava açma süresi geçmiştir⁸⁸. Kaldı ki, işveren kayıtlarında primin kesildiğinin yazılı olması Kurum'un bilgisi dışında olduğundan, sigortalının iyiniyetli olması Kurum'a karşı ileri sürülemez ve o kayıt Kurumu bağlamaz⁸⁹. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları incelendiğinde, Yüksek mahkemenin kararlarını, işyerinin resmi bir kuruluş olması nedeniyle, davacıyla ilgili belgelerin düzenlenmesinde muvazaadan söz edilemeyeceği hususuna dayandırdığı anlaşılmaktadır. Bu dayanak işçinin işyerinde çalışıp çalışmadığı saptanırken önemli bir hareket noktası olsa da, kanuna göre sigortalı hizmetin tespiti davasının sebebi, sigortalının kazançlar toplamı ve prim ödeme gün sayılarının, Kuruma bildirecek olan belgelerin verilmemesidir. Dolayısıyla işverenin işyeri kayıtlarını usulüne uygun olarak tutup tutmaması, sigortalının ücretinden prim kesip kesmemesi önemli değildir. Ayrıca,

⁸⁶ Şakar, 1993 Kararlarının Değerlendirilmesi, 192.

⁸⁷ Saraç, 2011, 420; aynı yazar, 2010, 471; Yılmaz, 17.

⁸⁸ Güzel, 1987 Kararlarının Değerlendirilmesi, 262-263; Şakar, 1993 Kararlarının Değerlendirilmesi, 192; Kabakcı, 2018 Kararlarının Değerlendirilmesi, 32.

⁸⁹ Güzel, 1987 Kararlarının Değerlendirilmesi, 262-263; Y10.HD, 20.2.1990, 969/1549, Yürekli Sabahattin, Sosyal Sigortalarda Hizmet Tespiti Davası, İstanbul Barosu Dergisi, C. 71, S. 10-11-12, Y. 1997, 858; YHGK, 21.4.1993, E. 1993/10-30, K. 1993/173 sayılı karar ve eleştiriler için bkz. Şakar, 1993 Değerlendirilmesi, 191-192; Y21.HD, 25.1.1996, E. 1996/173, K. 1996/158, karar ve eleştiriler için bkz. Centel, 1996 Değerlendirilmesi, 261; Duman, 66.

Kanunda yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen sigortalılardan söz edilmiş, belgelerin Kuruma verilmeme ya da ulaşmama ya da kayıtlarda gözükmemesi nedenleri hakkında bir ayrıma gidilmemiştir. İşveren kamu kurumu olduğu için tutulan kayıtlara dayanarak çalışma olgusunun gerçek olduğu varsayımı üzerinden hareket eden Yargıtay, sigortalıyı mağdur etmemek için bir çözüm aramış, dava açma süresini yasadaki haliyle uygulamanın işverene” ihmal ve kayıtsızlığından yararlanma olanağı” tanıyacağı gerekçesini tercih etmiştir. Ne yazık ki bu gerekçenin yasal dayanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki, işverenin ihmal ve kayıtsızlığı, prim belgelerinin Kuruma verilmediği her durumda söz konusudur. Kurumun denetim görevini yerine getirmediği, bu nedenle kusurlu olduğu yolundaki gerekçeyi de kabul etmek mümkün değildir. Zira, Kurumun bütün işyerlerini denetleme olanağı yoktur. Zaten kanun koyucu da maddede “...çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen” şeklinde bir ibareye yer vererek bunu kabul etmiş görünmektedir⁹⁰. Belirtilen nedenlerle, resmi kayıtlarda belgelerin işverence verilmiş olduğu yazılı olsa da, fiili durum buna uygun olmadığı zaman, özel veya kamu işvereni arasında bir ayırım gözetilmeden, hak düşürücü sürenin işleme gerekmektedir⁹¹. Diğer taraftan Yargıtay’ın hak düşürücü süre konusunda kamu işverenleriyle ilgili istisnayı sadece ilgili evrakta sigorta prim kesintisi olan hallerle sınırlandırması, bu istisnanın kabulü gerekçeleri ile de uyumlu değildir. Önceden de ifade ettiğimiz üzere, işverenin sigortalıyı bildirimini kurucu değil açıklayıcıdır. Dolayısıyla kamu işverenin çalıştırmaya başladığı; ancak Kuruma bildirmedeği sigortalının hukuki durumu bakımından işyeri evrakında prim kesintisi göstermesi ile göstermemesi arasında bir fark söz konusu değildir. Sigortalı hizmet, kurumun bilgisi dışındadır ve her iki durumda da kuruma prim ödemesi yoktur. Bu bağlamda Yargıtay’ın hak düşürücü sürenin işlemeyeceğini kabul ettiği içtihadındaki “prim belgelerinin ve primlerin Kuruma ulaşmamasının veya kayıtlarda gözükmemesinin nedenleri, kötüniyet değil ‘bilgisizlik, ihmal ve muhasebe hatasıdır. Kurum da denetim görevini yerine getirmeyerek kusur işlemiştir” gerekçesi, dava konusu olaydaki gibi işveren kurum kayıtlarında yer almakla birlikte prim kesintisi yapılmayan bir sigortalı için de aynen geçerlidir⁹².

c. İşçilikten memuriyete geçişte dava süresinin başlangıcı

Sigortalının 5510 sayılı Yasa m. 4/1, (a) kapsamında çalışmaktayken, aynı işyerindeki çalışmasının m. 4/1, (c)’ye tabi olarak devam etmesi halinde, hak düşürücü sürenin, 4/1, (a) kapsamındaki çalışmanın sonu itibarıyla mi yoksa, m. 4/1, (c)’ye tabi çalışmanın sonu itibarıyla mi hesaplanacağı meselesi, geçmişten beri tartışmalı konulardan biridir. Zira hak düşümü süresinin m. 4/1, (a) kapsamına tabi hizmetin sona erdiği tarih itibarıyla sona erdiği kabul

⁹⁰ Öztürk, 40 vd.; benzer yönde Kabakcı, 2018 Kararlarının Değerlendirilmesi, 32.

⁹¹ Saraç, 2010, 470.

⁹² Kabakcı, 2018 Kararlarının Değerlendirilmesi, 32.

edildiğinde beş yıllık dava açma süresi de sona ermiş olmaktadır. Dolayısıyla Kanunda geçen ‘hizmetin sona erdiği’ ifadesinin yorumu büyük önem arz etmektedir.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi daha önce, sigortalı çalışması sona erip Emekli Sandığına tabi olarak çalışmaya başlamanın beş yıllık hak düşürücü süreyi kesmeyeceği yönünde kararlar vermektedir⁹³. Yargıtay 10. HD’nin 2010 tarihli kararına konu olayda, davacı, işyerinde 506 sayılı Kanun kapsamında iş sözleşmesiyle çalışırken aynı işyerinde atama tasarrufuyla TC Emekli Sandığına tabi olarak çalışmaya devam etmiştir. 506 sayılı Kanun kapsamındaki çalışması Kuruma bildirilmeyen davacının açtığı tespit davasında söz konusu daire, ilk dönem çalışması için dava açma süresinin Emekli Sandığına geçişle başladığını, aynı işyerinde farklı statüde çalışmaya devam etmesinin dava süresinin işlemeye başlamasına engel olmayacağı sonucuna varmaktaydı⁹⁴. Yargıtay’ın 21. Hukuk Dairesi ise benzer uyuşmazlıklarda, hak düşürücü sürenin kesilmesi gerektiğini belirtmekteydi⁹⁵. Yargıtay’ın 10. Hukuk Dairesi, 2012 yılında bu karardan dönmüştür⁹⁶. Böylelikle her iki daire arasındaki görüş farklılığı ortadan kalkmıştır⁹⁷.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin kararından dönmesinde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.04.2011 tarih ve 2011/10-52 Esas ve 2011/221 sayılı kararının etkili olduğu belirtilmelidir. Söz konusu Hukuk Genel Kurulu kararında ‘...Davacının aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği hususu tartışmasız olup; çalışma kesintisiz devam ettiğine göre, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 79/10. maddesinde yer alan ‘hizmet’ kavramının somut olay yönünden hem sigortalı hem de emekli sandığı hizmeti birlikte değerlendirilmek suretiyle belirlenmesi ve hak düşürücü sürenin hesabında da bu belirlemenin esas alınması gerekir. Bu durum ‘işçi yararına yorum’ ilkesinin doğal sonucudur. Hal böyle olunca; davacının aynı işyerinde sigortalı hizmeti sona ermekle birlikte Emekli Sandığına tabi hizmetinin dava tarihinde hala devam ettiği, çalışmanın kesintisiz olduğu belirgin olmakla hizmet tespiti davası açmak için

⁹³ Y10HD, 12.7.2010, 2009-48/2010-10912, karar ve kararın eleştirisi için bkz. Akın Levent, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, 442-448.

⁹⁴ Y10HD, 12.7.2010, E. 48, K. 10912, karara karşı oy yazısı da bulunmakta olup, öğretilde Akın, Daire kararının isabetli olmadığı görüşündedir (2010 Kararlarının Değerlendirilmesi, 444-448).

⁹⁵ Y.21.HD, 14.11.2007, 14964/20635; Y. 21HD, 7.4.2005, 2966/3463, Tuncay/Ekmekçi, 295’de dn. 73; kararlar ve değerlendirmesi için bkz. Akın, 2010 Kararlarının Değerlendirilmesi, 442 vd.

⁹⁶ Y10HD, 07.02.2012, E. 2011/2724, K. 2012/1597, (www.kazanci.com.tr); kararın değerlendirilmesi için bkz. Caniklioğlu, 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 416-417; aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. Akın, 2010 Kararlarının Değerlendirilmesi, 448; bu yöndeki YHGK kararı için bkz. 21.3.2012, E. 2012/10-5, K. 2012/228; (www.kazanci.com.tr).

⁹⁷ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 299.

yasada öngörülen beş yıllık hak düşürücü sürenin dolduğunu kabule olanak bulunmamaktadır' şeklinde hüküm kurulmuştur⁹⁸.

Nitekim öğretilerde haklı olarak ifade edildiği üzere, sigortalılık tespiti ile güdülen amaç dikkate alındığında, sigortalı bildirim yapılmış bir çalışanın, tek çatı kapsamında yer alan sigortalı faaliyetlerden birini bırakıp diğerine başlaması, hak düşürücü sürenin işlenmesine engel olmalıdır. Tek çatının sigortalılar üzerinde yarattığı psikolojik etki kadar, 5510 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren, sigortalıların tabi oldukları beş yıllık dava açma süresi içinde başvurulacak kurumun SGK olması dikkate alınmalıdır. Hak düşürücü sürenin geçtiğini ileri süren Kurum, başka bir statüyle de olsa o kişiden prim kesmeye devam ettiğinden, o sigortalıdan haberdardır. Daha da ötesi, Sosyal Güvenlik Kurumunun da bildirim yapılan sigortalıların primlerinin yatırılmasını takip mükellefiyeti bulunmaktadır⁹⁹. Öğretilerde benzer yönde ve yerinde olarak, sigortalının hiç ara vermeden aynı işyerinde çalışmaya devam etmesi ve hizmetin hiç kesintiye uğramamış olması sebebiyle ilgili hükümde yer alan 'hizmetin sonu' ibaresinin, o işyerinde genel olarak 'sigortalı niteliğinin' kesintiye uğramaksızın geçen sürenin sonu olarak yorumlanması gerektiği, aksinin kabulünün adalet ve hükmün amacına aykırı sonuç yaratacağı belirtilmiştir¹⁰⁰. Kaldı ki, Yargıtay daha önceki yıllarda verdiği kararlarda, davanın hizmetin geçtiği yılın sonundan itibaren dava açma süresinin başlatılmasının nedeni olarak, sigortalının çalıştığı süre içerisinde işverene karşı böyle bir davayı açmakta karşılaştığı güçlükleri ve işverenle karşı karşıya gelmesinin önlenmesini gerekçe göstermiştir. Somut olay açısından aynı gerekçenin geçerli olduğu düşünüldüğünde, kişinin işçiye memur statüsüne geçmesi, işten ayrılma anlamına gelmeyecektir¹⁰¹. Dolayısıyla dava açma süresinin m. 4/1, (a) kapsamındaki çalışmanın sonu itibarıyla değil, m. 4/1, (c)'ye tabi çalışmanın sonu itibarıyla başlatılması gerekmektedir.

d. Sigortalının ölümünde dava açma süresi

Hizmet tespiti davasını düzenleyen 5510 sayılı Kanun m. 86/8 hükmünde sigortalının mirasçılarının hizmet tespiti davası açma hakkına sahip olup olmadığına veya böylesi bir hakkın varlığı halinde bu sürenin ne kadar olacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 27.04.1999 tarihli kararında isabetli olarak, hak sahibi mirasçı açısından, sözü edilen dava açma süresinin gerçekleşip gerçekleşmediğinden bahsedebilmek için öncelikle muristen mirasçıya sigorta kollarından bir hakkın intikal etmesi ve kişinin buna bağlı bir talep hakkının doğması gerekeceğini, henüz hakkın doğmadığı, murisin sağlığında kul-

⁹⁸ Caniklioğlu, 2012 Kararlarının Değerlendirilmesi, 417.

⁹⁹ Akin, 2010 Kararlarının Değerlendirilmesi, 448.

¹⁰⁰ Caniklioğlu, 2012 Kararlarının Değerlendirilmesi, 418-419.

¹⁰¹ Güzel, 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, 304.

lanıp kullanmayacağı belli olmayan, murise ait bir hakkın kullanılmasından ve buna bağlı hak düşürücü süreden söz etmenin mümkün olmadığını, başka bir deyişle, bir hak sahibi yönünden dava açma süresinin söz konusu olması için muristen kendisine sigortalılık tespit istemine ilişkin bir hakkın intikal etmesi gerektiğini, muris tarafından hizmet tespiti sağlığında kullanılmamış ve dava açma süresi de geçmiş ise artık hak sahibine intikal edecek bir dava hakkının bulunmayacağını ifade etmiştir¹⁰². Murisin dava açma hakkının bulunduğu dönemde vefatı halinde ise davayı açma hakkı, mirasçılara intikal edecek ve maddenin amacına göre yorumlanması sonrasında, hak sahiplerinin de bu davayı açabilecekleri sonucuna varılacaktır¹⁰³. Bunun dışında, sigortalı yaşarken, mirasçılarının taraf sıfatı zaten bulunmamaktadır.

Mirasçılarının hizmet tespiti davası açabilecekleri kanaatine varılması halinde gündeme gelecek diğer soru, söz konusu davanın dava açma süresinin ne zaman başlayacağı ve ne kadar olacağıdır. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 2014 yılında verdiği bir kararında hak sahiplerinin dava açma süresi açısından ölüm tarihini değil, sigortalının hizmetlerinin geçtiği yılın sonunu esas almıştır¹⁰⁴. Öğretide bu yönde olarak halefiyet kuralı gerekçe gösterilmek suretiyle mirasçılar hakkında dahi ‘hizmetin geçtiği yılın sonu’ esasının uygulanması ve bunların miras bırakanların ölümünden sonra geri kalan süreye tabi olması gerektiği düşüncesi ileri sürülmüştür¹⁰⁵. Ölüm tarihinden itibaren hak düşürücü sürenin başlaması kabul edildiğinde, hem miras bırakana hem de mirasçılara beşer yıllık süreler tanınmış olacağından, bu çözümün kanunda beş yıl olarak kesin biçimde gösterilmiş olan hak düşürücü sürenin artırılması anlamına geleceği, bu sebeple de mirasçılar açısından dava açma süresinin, murisin ölümünden geriye kalan süre kadar olduğu belirtilmiştir¹⁰⁶. Aynı yönde olmak üzere, yasada mirasçılar için ayrık bir hükmün getirilmediği ve hak sahipleri bu davayı sigortalıya tabi olarak açtıklarından, mirasçılarının sigortalının tabi oldukları süreye bağlı bulunmaları gerektiği, aksinin kabulünün eşitlik ilkesini zedeleyeceği, aynı tarihte hizmeti sona eren iki sigortalıdan birinin hizmet tespiti davası açmadan beşinci yılın içinde ölmesi halinde hak sahipleri yönünden ölüm tarihinden itibaren yeniden bir beş yıllık sürenin başlayacağı; halbuki aynı tarihte hizmeti sona eren ve yaşamını sürdüren sigortalının beş yılın dolması ile hayatta olmasına rağmen bu davayı açması mümkün olmadığından, cezalandırılmış olacağı ifade edilmiştir¹⁰⁷.

¹⁰² Karar için bkz Özveri, 31; aynı yönde Duman, 67; Yılmaz, 17.

¹⁰³ Tuncay/Ekmekçi, 295; Duman, 82.

¹⁰⁴ Y.10. HD, 31.10.2014, E. 2014/16165, K. 2014/21825, (www. kazanci.com.tr); Güzel/Okur/Caniklioğlu, 299’da dn. 202.

¹⁰⁵ Centel, 1996 Kararlarının Değerlendirilmesi, 262.

¹⁰⁶ Centel Tankut, “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, 268-269; aynı yönde Yılmaz, 17.

¹⁰⁷ Duran, 177.

Öğretide katıldığımız görüşe göre ise sigortalının ölümü halinde, mirasçılar için hak düşürücü sürenin başlangıcı, sigortalının ölümü öncesinde dava açma süresinin kaçırılmamış olması koşuluyla, murisin ölüm tarihidir¹⁰⁸. 5510 sayılı Kanun'da, murisin ölüm tarihiyle beş yıllık hak düşürücü süre arasında çok az bir zaman kalmışsa, sürenin ne şekilde değerlendirileceğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce belirtilen ihtimalde dahi farklı bir sonuca gitmek mümkün değildir. Zira, beş yıllık dava açma süresi, Kurumun sigortalı olarak çalışma olgusundan gerçekten habersiz olduğu durumlarda söz konusudur¹⁰⁹. Nitekim bugün itibariyle Yargıtay kararları da bu yöndedir¹¹⁰.

e. İşyeri devrinde dava açma süresi

Hizmet tespiti davasının, sigortalının hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan itibaren beş yıl içerisinde açılması gerekmektedir (5510 sK. m. 86). Burada önemli olan kişiyi sigortalı yapacak olan işverenin kimliği değil, hizmetleri; başka bir deyişle iş sözleşmesidir.

4857 sayılı İş Kanunu madde 6'ya göre 'işyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür'¹¹¹. Dolayısıyla işyeri devredilmiş dahi olsa, devirle birlikte iş sözleşmesi devralan işverenin sorumluluğuna girdiğinden, sigortalının işyeri devrinden itibaren değil, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren beş yıl içerisinde tespit davasını açması gerekmektedir¹¹². Daha açık bir deyişle, işyeri devri halinde, işçinin çalışması değişen işverenlerin işçisi olarak aralıksız sürmüş ise Kuruma bildirilmeyen çalışma sürelerinin tespiti için açılacak hizmet tespit davasında hak düşürücü süre, en son işveren işçisi olarak geçen hizmetin bittiği yılın sonundan itibaren beş yıldır. İşveren şirket olup, Şirketin isim değiştirmesi veya nitelik değiştirmesi, örneğin li-

¹⁰⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 299; Tuncay/Ekmekçi, 295; Güzel, 1999 Kararlarının Değerlendirmesi, 303; Saraç, 2011, 419; Saraç, 2010, 469; Tuncay, 2013 Kararları, 488; Korkusuz/Uğur, 410; Duman, 82; Bulut, 98; Özveri, 252.

¹⁰⁹ Tuncay/Ekmekçi, 295.

¹¹⁰ Y21.HD, 7.10.1996, 5611/5402, Yargıtay Kararları Dergisi, Mayıs 1997, 775-776; Y21.HD, 09.03.2009, E. 2008/4572, K. 2009/3399, (www.legalbank.net); Y10.HD, 03.12.2012, E. 2012/15819, K. 2012/24139, (www.lexpera.com.tr).

¹¹¹ İşyerinin devri halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumlu olmalarına rağmen; bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır (İşK. m. 6/son). Dolayısıyla davada husumetin yöneltileceği kişi veya kişiler de davanın açıldığı tarih ile devir tarihine bağlı olarak farklılık gösterecektir.

¹¹² Y10.HD, 28.3.1983, 1467/1525, Çenberci, 516; Duman, 67.

mited şirketin anonim şirkete dönüşmesi durumlarında da hak düşürücü süre başlangıcı yine hizmetin son bulunduğu yılın sonundan başlayacaktır¹¹³.

f. Askerlik halinde dava süresi

İşçinin askere gitmesi durumunda, işçi ya askere gittiği gerekçesiyle sözleşmeyi fesheder ya da taraflar işçinin askerlik dönüşü kaldığı yerden işe devam edeceği noktasında aralarında anlaşarak iş sözleşmesini askıya alırlar. Sözleşmenin feshedilerek, işçinin askerlik sonrası farklı bir işyerine girmesi halinde hizmet tespiti davası söz konusu olmayacaktır. Sigortalının askerlik dönüşü aynı işyerinde işe girmemesi de dava açma süresini şüphesiz işletecektir¹¹⁴. Ancak işyerinde belirli bir süre çalışan işçinin, daha sonra askerlik için işyerinden ayrılması, askerlik görevinin bitiminde ise tekrar aynı işyerine girerek çalışmasını sürdürmesi halinde, bir süre sonra iş ilişkisi sona ererse, sigortalının açacağı hizmet tespiti davasında dava açma süresinin ne zaman başlayacağı üzerinde durulmalıdır.

Yargıtay'ın kararlarına göre, sigortalının askere gitmeden önce çalıştığı işyerine askerliği müteakip tekrar girmesi durumunda, askerlik dönemi hariç kesintisiz çalışma varsa, iş sözleşmesi mecburi hizmet nedeniyle kesilmiş olduğundan, hak düşürücü sürenin geçtiğinden bahsedilemez¹¹⁵. Öğretide kararın sigortalıyı koruyucu niteliği yadsınamamakla birlikte, hak düşürücü sürenin özelliğine aykırı olduğu ve kararın kanundaki süreye uygun olmadığı ifade edilmiştir¹¹⁶. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin farklı bir kararında ise sigortalı askere gitmeden önce çalıştığı işyerinde askerlik sonrası tekrar çalışmaya başlamış, sigortalı aynı işyerindeki tüm çalışmalarının tespitini talep etmiştir. Yargıtay, beş yıllık hak düşürücü sürenin mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerektiğini, hak düşürücü sürenin geçtiğini, davacının aynı işyerinde çalışmasını sürdürmesinin veya beş yıllık hak düşürücü süre içinde tekrar aynı işyerine girerek çalışmasının, hak düşürücü sürenin işlemesine engel olmayacağını, söz konusu sürenin kesilmesi ve durmasının mümkün olmadığına karar vermiştir¹¹⁷.

Uygulamadaki farklılıkların tereddütlere yol açması üzerine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.06.2021 tarihli kararında, 'Bir sigortalının askere gitmeden önce çalıştığı işyerine askerliğe müteakip girmesi durumunda hizmet akdi mecburi hizmet nedeniyle kesilmiş olduğundan artık hak düşürücü

¹¹³ Konuyla ilgili Yargıtay kararları için bkz. Rüzgar, 144.

¹¹⁴ Yılmaz, 19.

¹¹⁵ Y21.HD, 9.4.2018, E. 2016/16570; K. 2018/3432; Y21. HD, 7.4.2016, E. 2015/12900, K. 2016/6127; Y10HD, 30.09.2021, E. 2021/7181, K. 2021/11300; Y10. HD, 30.03.2015, E. 2014/27160, K. 2015/5944, (www.kazanci.com.tr).

¹¹⁶ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 301.

¹¹⁷ Y21.HD, 9.4.2018, E. 16249, K. 3422, (www.kazanci.com.tr) ve Tuncay/Ekmekçi, 295'de dn. 71.

sürenin oluştuğundan bahsedilemez. Davacıya ödenen ücretten sigorta primi kesilen hallerde, davacının iş ve sosyal sigorta mevzuatının öngördüğü sigorta hak ve yükümlülüklerini yerine getirmesi nedeniyle Kurumun Yasadan kaynaklanan denetim ve inceleme görevini yapmaması karşısında hak düşürücü sürenin işlemeyeceği kabul edilmelidir¹¹⁸ şeklinde hüküm kurmuş ve konuyu netleştirmiştir. Dava açma süresinin hak düşürücü bir süre olduğu kabul edildiğinden, dava açma süresinin durmasının ve kesilmesinin mümkün olmadığı şüphesiz olmakla birlikte, ilgili yerlerde de belirttiğimiz üzere, Yargıtay dava açma süresini kendine özgü şekilde uygulamaktadır.

Diğer taraftan, sigortalı hizmetlerinin tespiti davalarında askerlik dönemine ilişkin bir diğer mesele, davacının hizmet tespiti istediği sürelerin askerlik dönemi ile çakışması ihtimalidir. 5510 sayılı Kanun madde 6/d'de açıkça belirtildiği üzere, askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar ile yedek subay ve yedek astsubay okulu öğrencileri, bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları hükümlerinin uygulanmasında; sigortalı sayılmayacaklardır. Nitekim Yargıtay, davacının hizmet tespitini istediği hizmet süreleri ile askerlik dönemi çakıştığı halde, çakışan askerlik süresinin dışlanmasının usul ve yasaya aykırı olduğuna dair hüküm kurmaktadır¹¹⁹. 5510 sayılı Kanunun 41/1, (b) hükmüne göre ise er veya erbaş olarak silâh altında veya yedek subay, yedek astsubay okulunda geçen süreler borçlanılabilecek olup, bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilebilecektir.

g. İşçilik alacakları davasının hizmet tespiti davası süresine etkisi

Sigortalının iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçilik alacakları için dava açmasının, sigortalı hizmetin tespiti davasını açma süresi üzerinde bir etkisinin olup olmadığı meselesi de geçmişten günümüze uyuşmazlık konusu olmuş ve Yargıtay kararlarında değerlendirilmiştir. Dolayısıyla çalışmamız açısından önem arz eden konular arasında yer almaktadır.

Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında, sigortalının işçilik alacaklarına yönelik davayı hizmet tespiti davasına ilişkin süre içinde açması koşuluyla, işçilik alacaklarına ilişkin dava sonucunda hizmet süresi ve ücretin gösterildiği gerekçe gösterilerek, daha sonradan sigortalı tarafından açılan hizmet tespit davasında işçilik alacaklarına ilişkin davanın kesin hüküm teşkil edeceği ve sigortalı hizmet tespiti davasının sürenin geçtiği gerekçesiyle reddedilmemesi gerektiğine hükmedilmekteydi¹²⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 303'e göre, 'Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hü-

¹¹⁸ YHGK, 15.06.2021 tarih ve E. 2017/21-2230, K. 2021/755, (www.kazanci.com.tr).

¹¹⁹ Y21.HD, 31.5.2004, E. 2004/1838, K. 2004/5189, (www.kazanci.com.tr).

¹²⁰ Y10HD, 14.06.1988, E. 4010, K. 3933 ve 16.05.1984, E. 2615, K. 2721, (Özel Arşiv), Yılmaz, 20'de dn. 91.

küm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir'. Maddi anlamda kesin hüküm, mahkeme kararlarına güvenilmesini ve uyulmasını sağlar; taraflar arasındaki uyuşmazlığın bütün bir gelecek için son bulmasına hizmet eder; çelişik kararlar verilmesine engel olarak, toplum hayatı için zorunlu olan hukuki güvenliği ve istikrarı sağlar¹²¹. Kesin hükme bağlanmış bir davadan sonra, aynı konuda ve aynı dava sebebine dayanarak açılan ikinci bir davanın kesin hükümden dolayı reddedilebilmesi için eski dava ile yeni davanın taraflarının da aynı kişiler olması gerekir (HMK. m 303/1). Bir dava sonucunda verilen hüküm, başkaları hakkında kesin hüküm oluşturmaz¹²². Bu bilgilerden hareketle, öğretilde, sigortalı ve işveren arasında kesinleşen ve işçilik alacaklarına dair bir mahkeme kararının hizmet tespit davasına ilişkin bölümünün, hizmet tespiti davasında kesin hüküm oluşturmaması gerektiği, hizmet tespit davasında Kurumun davalı olarak gösterildiği dönemde işçilik alacakları bakımından Kurumun davalı olarak gösterilmesi yönünde bir düzenleme ve uygulamanın olmadığı, o halde sigortalının işçilik alacaklarına ilişkin mahkemeden aldığı ilamın, hizmet tespit davası bakımından kesin hüküm kabul edilmesinin, kesin hükmün tarafları aynı olan davalarda söz konusu olacağı düşünüldüğünde, mümkün gözükmediği belirtilmektedir¹²³.

Nitekim Yargıtay da eski kararlarından dönerek, kararlarında işçilik haklarının tahsili talebiyle açılan davaların, hizmet tespiti davasında söz konusu olan hak düşürücü süreyi kesmediğini, zira işçilik haklarına ilişkin davalarda Kurumun taraf olmadığını ve kesinleşen kararın Kurumu bağlamadığını, buna karşın bu tür kararların, güçlü bir delil niteliğinde kabul edildiğini ifade etmekteydi¹²⁴. Yargıtay'ın son uygulaması, işçilik alacakları 4857 sayılı İş Kanunundan kaynaklandığı ve bu davalarda kanıtların taraflarca getirilmesi ilkesi uygulanarak hakimin tarafların gösterdiği kanıtları dikkate alarak davayı karara bağladığı, oysa hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin oluşu ile kanıtların hakim tarafından resen toplanması sebebiyle öğretilde yerinde olarak değerlendirilmekteydi¹²⁵.

Buna karşın 11.9.2014 tarihinde 6552 sayılı Kanun ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanun'una (şu an mülga), "hizmet sözleşmesine dayalı olarak çalışan sigortalıların, hizmet tespiti davası açması halinde davanın Kuruma resen ihbar edileceği" hükmü eklenmiştir. 5521 sayılı Kanun yerine yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 4/2'ye göre de, 'Hizmet

¹²¹ Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ağustos 2016, 763.

¹²² Kuru, 767-768.

¹²³ Yücel, 104.

¹²⁴ Y10HD, 15.06.2009, E. 2008/6816, K. 2008/10703, (karararama.yargitay.gov.tr); Y.10HD, 10.9.1996, 7556/6608, TÜBA/İİÇB:1136-11.8.1997; Duman, 66.

¹²⁵ Rüzgar, 144.

akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir'. Dolayısıyla hizmet tespit davalarında Kurum artık taraf olarak değil, sadece fer'i müdahil olarak davaya katılabilmektedir. Dolayısıyla işçilik alacakları davasının tarafları ile hizmet tespit davasının tarafları, eski düzenlemenin aksine benzerlik göstermektedir. Böylece, her iki davanın taraflarının farklı olması sebebiyle işçilik alacaklarını tespit eden mahkeme ilamının hizmet tespit davasında kesin hüküm teşkil etmeyeceği yönündeki görüşün, Kurumun artık davalı olarak gösterilememesi sebebiyle bir hükmü kalmadığını söylemek hatalı olmayacaktır. Dolayısıyla işçilik alacaklarına ilişkin verilen mahkeme ilamının hizmet tespit davasını ilgilendiren ve kesinleşmiş olan kısmının, hizmet tespit davası bakımından kesin hüküm oluşturacağını düşünmek mümkündür. Ancak tarafları aynı olsa da hizmet tespiti davalarında resen araştırma ilkesi ile davalar görülmekte olup, işçilik alacaklarına ilişkin davada ise mahkeme tarafların ileri sürdüğü iddialar ve kanıtlarla bağlıdır. Diğer taraftan her ne kadar farklı görüşler bulunmaktaysa da, davalar arasında, tarafların davadan vazgeçip vazgeçmemesi noktasında da farklılıklar bulunmaktadır. Bu sebeplerle; işçilik haklarına ilişkin mahkeme kararının kanaatimizce, hizmet tespit davası bakımından kesin delil değilse de, kuvvetli delil niteliğinde sayılması gerekecektir¹²⁶.

Konu hakkında yakın tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararında aynen şu ifadeler kullanılmıştır: '...başvurucu, hizmet tespiti davasında iş akdi kurulmadığı gerekçesiyle davasının reddedildiğini, oysa aynı maddi olaya ilişkin olarak işverene karşı açtığı işçilik alacakları davasının Mahkeme tarafından kabul edilerek lehine işçilik alacaklarına hükmedildiğini ve kararın kesinleştiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür... Yargıtay kararlarında da belirttiği üzere hizmet tespiti davalarıyla işçilik alacakları davaları birbirini etkileyebilecek bağlantılı davalardır. ... Yine Yargıtay kararlarında her iki davanın birbirlerini etkilemesi mümkün ise de davaların niteliği gereği farklı sonuçlara varılabileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Zira hizmet tespiti davalarında -kamu düzenine ilişkin olduğundan- resen araştırma ilkesinin, işçilik alacaklarıyla ilgili davalarda ise taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle işçilik alacakları davasında verilen karar, hizmet tespiti davasında kesin delil değil, güçlü delil olarak kabul edilmektedir...Delil değerlendirmesi mahkemelerin kendi takdirinde olup bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içermedikçe, Anayasa mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu değildir... birbirleriyle bağlantılı bu davaların neden farklı sonuçlandığının başvuru ve üçüncü kişiler tarafından objektif olarak anlaşılmasına imkan verecek şekilde yeterli gerekçelerle açıklanıp açıklanmadığının incelenmesi gerekir... Sonuç olarak işçilik alacağı davasındaki kesinleşmiş karara ilişkin

¹²⁶ Bkz. Yücel, 104-105.

iddiaların hizmet tespiti davasında karşılanmaması nedeniyle başvuruçunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır¹²⁷.

İşçilik alacağı ile hizmet tespiti davasının birlikte açılması veya hizmet tespiti davasının işçilik alacakları davasından önce veya dava devam ederken açılması ihtimallerinde ise iş mahkemesi, hizmet tespiti davasını bekletici mesele olarak kabul ederek sonucu beklemelidir. Zira tespit davasında kesilecek olan süre alacakların hesabını doğrudan etkileyecektir¹²⁸. Yargıtay da benzer yönde olarak, konuyla ilgili bir kararında, '... Kural olarak kişi hizmet tespiti davası açmaya zorlanamaz. Ancak açılmış olan bir hizmet tespiti davası olduğundan, hizmet tespitine ilişkin davanın sonucu ücret alacakları isteklerini içerir davayı etkileyeceğinden, tespit davası bekletici mesele yapılarak neticesine göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup sair yönler incelenmeksizin hüküm kurulması hatalı olup, kararın bozulması gerekmiştir' şeklinde hüküm kurmuştur¹²⁹.

h. İşverenler arasında organik bağ

Uygulamada işçilerin iş görme edimini birden fazla işverene karşı yerine getirdiği, söz konusu şirketlerin iş hukukundan doğan yükümlülüklerinden kurtulmak amacıyla, işçileri zaman zaman görünüşte kurulan paravan şirketlerin işçileri olarak gösterdikleri bilinmektedir. Hukukumuzda sıkça kullanılan bir kavram olarak organik bağa, sorumluluğun genişletilmesi bakımından başvurulmakta, bu şekilde farklı tüzel kişiliklerin sorumlu tutulabilmesine olanak sağlanmaktadır. Organik bağın tespitinde, şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, özellikle ortakları ve temsilcilerinin aynı olup olmadığına ve aralarındaki hukuki ilişkilere bakılmaktadır¹³⁰. Salt organik bağın bulunması, birlikte sorumluluğu ortaya çıkarmamaktadır. Organik bağ ile birlikte hakkın kötüye kullanılması ve kanuna karşı hile gibi bir durum varsa, birlikte sorumluluk söz konusu olmaktadır¹³¹.

¹²⁷ Anayasa Mahkemesi, Başvuru numarası: 2017/23739, RG tarihi: 15.12.2021, RG Sayısı: 31690, Karar tarihi: 20.10.2021, (www.legalbank.net).

¹²⁸ Rüzgar, 144; Yılmaz, 21.

¹²⁹ Y22.HD, 02.10.2019, E. 2017/24376, K. 2019/17964; benzer yönde Y9HD, 09.10.2019, E. 2016/6868, K. 2019/19804, (www.legalbank.net).

¹³⁰ Organik bağ kavramı ve değerlendirilmesi için bkz. Eyrenci Öner, Şirket Topluluklarında-Holdinglerde Çalışma İlişkileri, Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, 575-586; Şahlanan Fevzi, Tüzel Kişi. İşverenin Sorumluluğunda Farklı Şirketler Arasında Organik Bağ Bulunması, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, S. 373, Hukuk:58; Ertan Emre/Arda Bicz Fatma, İş Hukukunda Organik Bağ Kavramı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 37, 2017, 102 vd; Çifter Alğun, Şirketler Arasında Organik Bağ ya da Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C: I, İstanbul, 19-24; Yılmaz Halil/Cavlı Mehmet, Yargıtay Kararları Bağlamında İş Hukukunda Organik Bağ, Çimento İşveren, Temmuz 2015, 28-29.

¹³¹ Eyrenci, 581.

Hizmet sürelerinin tespiti bakımından işçinin bilgisi dışında birden fazla Şirkete sigortalı giriş çıkışının yapılması nedeniyle, işçinin gerçekte hangi işverene hizmet verdiğinin tespiti, organik bağ çerçevesinde çözümlenmektedir. İşçinin birden fazla işverene karşı hizmet vermesi ihtimalinde, sigortalının hizmetlerinin tamamı bir bütün olarak değerlendirilerek sonuca gidilmektedir¹³². İşçinin çalıştığı dönemde işverenler arasında organik bağ bulunması durumunda, sigortalının çalışmalarının aralarında organik bağ bulunan işverenler yanında kesintisiz ve blok halinde devam ettiği kabul edilerek, ilk işe giriş bildirgesi verilmesinden önceki sigortalı çalışmaları yönünden hak düşürücü sürenin, çalışmanın sona erdiği yılın sonundan başlayacağı kabul edilmektedir¹³³.

1. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi

Sigortalının hizmetlerinin geçtiği işyerinde, işverenin bir başka işverenle asıl işveren-alt işveren ilişkisi içinde olması halinde, alt işverenin işçisi olan sigortalının hizmet tespiti davası açarken hem alt işvereni hem de asıl işvereni birlikte davalı göstermesi gerektiği yüksek mahkemenin kararlarında sıklıkla dile getirilmektedir¹³⁴. Asıl işverenin ve alt işverenin birlikte davalı gösterilmesinin çalışmamız açısından önem arz eden yönü, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sona ermesine rağmen, sigortalının asıl veya alt işverenin yanındaki hizmetini kesintisiz sürdürmesi sebebiyle, hizmetinin sona ermesinden itibaren beş yıllık dava açma süresi içinde hizmet tespiti davasını açtığında, diğer işveren yönünden beş yıllık hak düşürücü süre sona ereceği için, davanın süre nedeniyle reddedilecek olup olmadığı noktasındadır.

Kanundan ve sözleşmeden doğan diğer haklarda olduğu gibi, hizmet tespiti davası bakımından da asıl işveren-alt işveren ilişkisi içinde doğacak tüm haklar için hem asıl işveren hem de alt işveren sorumlu olacaktır (İŞK. m. 2/6). Ancak söz konusu yükümlülük, asıl işverenin zorunlu hasım olması gerektiği şeklinde değerlendirilmemelidir. Nitekim kanun koyucu, Kanunun hiçbir hükmünde, sigortalı hizmetlerinin bildirimini ve primlerin kesilmesini ödeme yükümlülüğünü asıl işverene yüklememiştir. Bu yükümlülük işçinin ücretinden primleri kesen alt işverene aittir¹³⁵. Sigortalıyı Kuruma bildirim yükümlülüğü yerine getirmeyen alt işverene karşı açılacak hizmet tespiti davasında dava açma süresi, sigortalının alt işverenin işyerinde hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıldır.

¹³² Y21.HD, 12.12.2013, E. 2012/17583, K. 2012/23697; Y10.HD, 29.01.2015, 17.05.2012, E. 2011/4342, K. 2011/8920, (karararama.yargitay.gov.tr); Yılmaz, 21.

¹³³ Y10.HD, 21.12.2020, 5790/7421, (www.lexpera.com.tr); Y10.HD'nin 17.01.2011, 2009/10009-106, karararama.yargitay.gov.tr.

¹³⁴ Y10.HD, 05.02.2013, 1126/1322; Y21.HD, 11.03.2013, 2011/10857-4270; YHGK, 07.03.2012, 2011/815-122, (karararama.yargitay.gov.tr), Yılmaz, 21-22.

¹³⁵ Yılmaz, 22.

Sigortalının alt işverenin işçisi olmasına rağmen, asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra aynı iş ve işyerinde asıl işverene iş sözleşmesiyle bağımlı olarak çalışmaya devam etmesi halinde, işçi artık alt işverenin işçisi olmayıp, asıl işverenin işçisidir. Burada bir iş sözleşmesi devri söz konusudur. Hizmet tespiti davasının muhatabı son işveren (asıl işveren) olacaktır. Asıl işveren yönünden dava açma süresi, asıl işveren işyerindeki çalışmasının son bulunduğu yılın sonundan itibaren beş yıldır.

VI. Sonuç

Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmeyen ve Kurum tarafından daha önce tespit edilmemiş olan hizmetler, sigortalının hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurulduğunda, yargı yoluyla tespit edilebilmektedir. Öğretide aksi yönde görüşler bulunmakla birlikte, dava açma süresi öğretinin bir kısmı ve Yargıtay tarafından hak düşürücü bir süre olarak kabul edilmektedir. Ancak Yargıtay'ın beş yıllık süreyi, sosyal gerekleri ve sosyal güvenliğin sigortalıyı koruma ilkesini gerekçe göstererek kendine özgü şekilde uyguladığı belirtilmelidir. Her ne kadar Yargıtay dava açma süresini kendine özgü bir hak düşürücü süre şeklinde uygulasa da dava açma süresinin kanaatimizce zamanaşımı süresi olarak anlaşılması gerekmektedir. Zira hizmet tespiti davası, sigortalının sosyal güvenlik hakkını korumak maksadıyla getirilmiş bir düzenleme olup, bu davalarda esas olan ve kamu yararını ilgilendiren mesele, davacının tespitini istediği dönemde gerçekten sigortalı çalışıp çalışmadığıdır. Bu şartları taşıyan bir işçinin sırf belli bir süre içinde dava açmadığı için anayasal bir hakkının ortadan kalkacağını ileri sürmek yerinde değildir.

Sigortalının çalışmaktayken işverene hizmet tespiti davası açmasının zorluğu ve işvereniyle karşı karşıya gelmesinin önlemesi amacıyla, hizmet tespiti davalarında dava açma süresinin, sigortalının işten ayrılma gününden itibaren değil, işten ayrıldığı yılın bitim tarihinde başladığı kabul edilmektedir. Yargıtay'ın yerleşik kararları da aynı yöndedir.

İşverenin, çalıştırdığı işçi için Sosyal Güvenlik Kurumuna işe giriş bildirgesi sunduğu; ancak hiçbir prim, belge ve bordro vermediği, Kurumun da (sigortalının kaydı olduğu halde) primleri tahsil etmediği durumlarda veya Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde adı geçen ve Kuruma verilmesi gereken belgelerden en az birinin verildiği ihtimallerde ya da sigorta müfettişi raporu ile işveren aleyhine tespite ilişkin kesinleşmiş karar veya çalışmaların belirlenmesi halinde, hizmet tespit davalarında dava açma süresi söz konusu değildir.

Sigortalının Kuruma bildirim yapıldığı tarihten önceye ilişkin çalışmaları, bildirgelerin verildiği tarihleri de kapsar biçimde kesintisiz devam etmiş olursa, Kuruma bildirilmeyen çalışma süresi yönünden dava açma süresinin

hesaplanmasında, bildirim dışı tutulan sürenin sonu değil, kesintisiz olarak geçen çalışmaların sona erdiği yılın sonu başlangıç alınmalıdır.

Sigortalının kesintili çalışması sebebiyle birden fazla işe giriş ve işten çıkış bildirgesinin varlığı halinde, hak düşürücü süre, kesintinin öncesi ve sonrasında oluşacak her çalışma dönemi için ayrı ayrı hesap edilerek belirlenecek ve önceki sözleşmenin sona erdiği tarihi takip eden yılbaşından itibaren işlemeye başlayacaktır. Yargıtay kararları aksi yönde olmakla birlikte, resmi kayıtlarda belgelerin işverence verilmiş olduğu yazılı olmasına rağmen fiili durumun buna uygun olmadığı zamanlarda, özel veya kamu işvereni arasında bir ayırım gözetilmeden, hak düşürücü sürenin işlemesi gerekmektedir. Kamu işverenin çalıştırmaya başladığı; ancak Kuruma bildirmediği sigortalının hukuki durumu bakımından işyeri evrakında prim kesintisi göstermesi ile göstermemesi arasında bir fark söz konusu değildir.

Kişinin işçiyken memur statüsüne geçmesi, işten ayrılma anlamına gelmediğinden, dava açma süresinin m. 4/1, (a) kapsamındaki çalışmanın sonu itibarıyla değil, m. 4/1, (c)'ye tabi çalışmanın sonu itibarıyla başlatılması gerekmektedir.

Murisin dava açma hakkının bulunduğu dönemde vefatı halinde hizmet tespiti davasını açma hakkı, mirasçılara intikal edecek ve hak sahipleri bu davayı murisin ölüm tarihinden itibaren beş yıllık süre içinde açabileceklerdir.

İşyeri devri halinde ise devir ile devir tarihinde mevcut olan tüm iş sözleşmeleri yeni işverene devredildiğinden, işçinin çalışması değişen işverenlerin işçisi olarak aralıksız sürmesi koşuluyla, Kuruma bildirilmeyen çalışma sürelerinin tespiti için açılacak hizmet tespit davasında hak düşürücü süre, en son işveren işçisi olarak geçen hizmetinin bittiği yılın sonundan itibaren beş yıldır.

Bir işçinin çalışırken askere gitmesi durumunda, işçi ya sözleşmesini feshederek işten ayrılacak ya da askere giderken sözleşmesi askıya alınacak ve askerden dönüşünde, gitmeden önce çalıştığı işyerine dönecektir. İşçinin askere giderken sözleşmesini askıya alıp, askerliği müteakip eski işine dönmesi durumunda, askerlik dönemi hariç kesintisiz çalışma varsa, iş sözleşmesi mecburi hizmet nedeniyle kesilmiş olduğundan, artık hak düşürücü sürenin geçtiğinden bahsedilemez. İşçinin askerlik sonrası, farklı bir işe girmesi ihtimalinde ise askerlik sebebiyle işten ayrıldığı yılın bitiminden itibaren dava açma süresi işleyecektir.

Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere hizmet tespiti davalarıyla işçilik alacakları davaları birbirini etkileyebilecek bağlantılı davalardır. Her iki davanın birbirlerini etkilemesi mümkün ise de davaların niteliği gereği farklı sonuçlara varılabilmesi mümkündür. Zira hizmet tespiti davalarında, resen araştırma ilkesi geçerliken, işçilik alacaklarıyla ilgili davalarda taraflarca hazırlama ilkesi geçerlidir. Sigortalının iş sözleşmesi sona erdikten sonra iş-

çilik alacakları için dava açması sonucunda işçilik haklarına ilişkin mahkeme kararı, hizmet tespit davası bakımından kesin delil değil; kuvvetli delil niteliğinde sayılmalıdır. İşçilik alacağı ile hizmet tespiti davasının birlikte açılması veya hizmet tespiti davasının işçilik alacakları davasından önce veya dava devam ederken açılması ihtimallerinde ise iş mahkemesi, hizmet tespiti davasını bekletici mesele olarak kabul ederek sonucu beklemelidir. Zira tespit davasında kesinleşecek olan süre alacakların hesabını doğrudan etkileyecektir.

Hizmet sürelerinin tespiti bakımından işçinin bilgisi dışında birden fazla Şirkete sigortalı giriş çıkışının yapılması nedeniyle, işçinin gerçekte hangi işverene hizmet verdiğinin tespiti, değerlendirilmesi gereken farklı bir sorundur. Bu konu, organik bağ çerçevesinde çözümlenmektedir. İşçinin çalıştığı dönemde işverenler arasında organik bağ bulunması durumunda, sigortalının çalışmalarının aralarında organik bağ bulunan işverenler yanında kesintisiz ve blok halinde devam ettiği kabul edilerek, ilk işe giriş bildirgesi verilmesinden önceki sigortalı çalışmaları yönünden hak düşürücü sürenin, çalışmanın sona erdiği yılın sonundan başlayacağı kabul edilmektedir.

Kuruma bildirim yapılmamış sigortalılara dair farklı bir ihtimal ise sigortalının asıl işveren- alt işveren ilişkisi çerçevesinde hizmetini sunmuş olmasıdır. Sigortalıyı Kuruma bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen alt işverene karşı açılacak hizmet tespiti davasında dava açma süresi, sigortalının alt işverenin işyerinde hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıldır. Sigortalının alt işverenin işçisi olmasına rağmen, asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra aynı iş ve işyerinde asıl işverene iş sözleşmesiyle bağımlı olarak çalışmaya devam etmesi halinde ise işçi, artık alt işverenin işçisi olmayıp, asıl işverenin işçisidir. Hizmet tespiti davasının muhatabı son işveren (asıl işveren) olacaktır. Asıl işveren yönünden dava açma süresi de, asıl işveren işyerindeki çalışmasının son bulunduğu yılın sonundan itibaren beş yıldır.

KAYNAKÇA

Akın Levent, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012.

Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, Ekim 2015.

Aslanköylü Resul, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003.

Balcı Mesut/Yılmaz Halil, Sosyal Sigorta Prim Alacaklarının Takip ve Tahsili, Ankara 2014.

Bilgili Abbas, Hizmet Tespit Davaları, Adana 2011.

Bulut Mehmet, "Türk Hukuk Sisteminde Hizmet Sözleşmesi Gereği Açılan Hizmet Tespiti Davaları", TBB Dergisi 2011.

Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2012 Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2014 (2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi).

Centel Tankut, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay'ın 1996 Yılına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1998 (1996 Kararlarının Değerlendirilmesi).

Centel Tankut, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007.

Cuhruk Mahmut/Çolakoğlu H. Servet/Bükey A. Avni, Sosyal Sigortalar, Kanun, İçtihat, Ankara 1997.

Çenberci Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985.

Çifter Alğun, Şirketler Arasında Organik Bağ ya da Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C: I, İstanbul, 19-24.

Duman Barış, Hizmetlerin Tespiti, Ankara 2002.

Duran Abdurrahman, "506 sayılı Sosyal Güvenlik Kanununun 79/10. Maddesi Gereğince Açılan Hizmet Tespit Davalarının Yasa Hükümleri ve Yargı Uygulamaları Yönünden İncelenmesi", Sicil Dergisi, Haziran 2007, 171-184.

Erdem Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara 2019.

Ertan Emre/Arda Bicz Fatma, “İş Hukukunda Organik Bağ Kavramı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 37, 2017, 102 vd.

Ertürk Şükran, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Ankara 2017, 745-1027.

Eyrenci Öner, Şirket Topluluklarında-Holdinglerde Çalışma İlişkileri, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, 575-586.

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

Güzel Ali, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay’ın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1989 (1987 Kararlarının Değerlendirilmesi).

Güzel Ali, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay’ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001 (1999 Kararlarının Değerlendirilmesi).

Güzel Ali, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2008 Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2010, 308-316 (2008 Kararlarının Değerlendirilmesi).

Kabakcı Mahmut, “Hizmet Tespiti Davaları”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2015 Yılı Toplantıları (29-30 Mayıs 2015), İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2016, 255-272.

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

Kartal Şelale , İHU, SSK.79, No. 6, 1980/II.

Korkusuz M. Refik/Uğur Suat, Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2013.

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

Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, C. 1, İstanbul 2018.

Okur Ali Rıza, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay’ın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1996.

Okur Ali Rıza, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primer Açısından Yargıtay’ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2002 (2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi).

Öztürk Özgür, “Sigortalı Hizmetin Tespiti”, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1998, 29-48.

Özveri Murat, “Yargı Kararları Işığında 506 Sayılı Yasa ve Sosyal Güvenlik”, Kocaeli: Selüloz İş, 2000.

Rüzgar Orhan, “Sigortasız Çalışmaların Tespiti Davaları ve Hak Düşürücü Süre”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 91, S. 2017/4, Temmuz-Ağustos 2017, 132-162.

Saraç Coşkun, 5510 Sayılı Yasada Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011, 409-443 (2011).

Saraç Coşkun, Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2010, 451-488 (2010).

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

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

Sözer Ali Nazım, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1991 Yılı kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1993.

Sözer Ali Nazım, İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 5. Bası, İstanbul 2021 (Sosyal Sigorta).

Sümer Haluk Hadi, Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2020.

Şahlanan Fevzi, “Tüzel Kişi. İşverenin Sorumluluğunda Farklı Şirketler Arasında Organik Bağ Bulunması, Karar İncelemesi”, Tekstil İşveren Dergisi, S. 373.

Şakar Müjdat, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay’ın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, İstanbul 1995 (1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi).

Şakar Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 11. Baskı, İstanbul 2014.

Talas Cahit, Sosyal Ekonomi, 6. Bası, Ankara 1983.

Tuncay A. Can, ”Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, Ankara 2015 (2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi).

Tuncay Aziz Can/Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2021.

Tunçomağ Kenan, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5. Bası, İstanbul 1990.

Tunçomağ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C. 1, Genel Hükümler, İstanbul 1976,

Tutumlu Mehmet Akif, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, İstanbul 1991.

Uşan, Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

Yılmaz Halil, Yargıtay'ın Kararları Işığında Sigortalı Hizmetlerin Tespiti Davalarında Süre, Çimento İşveren, C. 30, S. 2, Mart 2016, 9-23.

Yılmaz Halil/Cavlı Mehmet, Yargıtay Kararları Bağlamında İş Hukukunda Organik Bağ, Çimento İşveren, Temmuz 2015.

Yılmaz Halil/Kalemci Mustafa, Yargıtay'ın Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Kararları, Ankara 2014.

Yücel Merve, Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler, Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2, S. 3, Aralık 2016, 75-111.

Yürekli Sabahattin, Sosyal Sigortalarda Hizmet Tespiti Davası, İstanbul Barosu Dergisi, C. 71, S. 10-11-12, 1997, 853 vd.

