

## Hizmet tespit davası

### Mertcan Kandiran

#### I. Giriş

Sosyal güvenlik hakkı, bir toplumu oluşturan bireylerin temel haklarından biri olup ülkemizde Anayasa'nın 60. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Her ne kadar Devlet bu konuda gerekli tedbirleri almakla yükümlü olsa da, günümüz ekonomik şartları sebebiyle kayıt dışı istihdamın önüne tam anlamıyla geçilememektedir. Ülkemizdeki kayıt dışı istihdamın nedenleri arasında, ilk olarak sosyal güvenlik bilincinin yeterince gelişmemiş olması, Türkiye'deki hızlı nüfus artışı ve 1950'lerden itibaren artan köyden kente göçün oluşturduğu ekonomik bozulma gibi faktörler öne çıkmaktadır. Kentlere göçün getirdiği niteliksiz iş gücünün fazlalığı, işçi-işveren ilişkisinde işçinin toplu pazarlık gücünü kırmaktadır. Bu bağlamda, işverenler işçileri daha az ücretle ve sosyal güvenlik hakkı olmaksızın çalıştırabilmektedirler.

Türkiye'de iş olanaklarının sınırlı olması ve buna bağlı olarak işçilerin işten çıkarılma kaygısı yaşaması nedeniyle, işçiler çalışma süresi içerisinde bu haklarını talep etmemenin yanı sıra mağduriyetlerini gidermek için idari mercilere veya yargı yoluna müracaat etmemektedir.

İşverenin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi, sosyal güvenlik kurumunun fiilen ya da kayden istihdamın varlığını tespit edememesi ve bunların sonucu olarak işçinin de çalışma süresinin bitimiyle beraber hakkını arama çabası hizmet tespit davalarının konusunu oluşturmaktadır.

Bu makalemizde, işçilerin hak arama yollarından biri olan hizmet tespit davasının Türk yargı sistemi içerisinde nasıl ele alındığı ve hizmet tespitinde dikkat edilmesi gereken hususlardan bahsedeceğiz.

#### II. Hizmet tespit davasının yasal dayanağı

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 86. maddesinin 9. fıkrasında; "Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır." hükmü geçmekte olup, bu husus hizmet tespit davalarının ana dayanağını oluşturmaktadır.

#### III. Hizmet tespit davasında yetkili mahkemeler ve taraflar

Hizmet tespit davasının incelenmesinde görevli mahkeme İş Mahkemesi olup, İş Mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ise görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereği İş Mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanmakta olup, davaların iki ay içerisinde incelenip karara bağlanması gerekmektedir. Taraflar ilk derece mahkemesinin kararına karşı, temyiz mercii olan Yargıtay'a başvurabilir.

Sigortasız çalıştırılan işçilerin yargı yolu haricinde, idari merciler nezdinde de hakkını araması mümkündür. Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurularak hizmet tespiti talebinde bulunulabilir. Kurumun denetim elemanları tarafından yapılacak inceleme sonucunda, inceleme tarihinden 1 yıl öncesine kadar geriye dönük hizmet haklarını kazanabilirler. İncelemeyle bu hak kaybının 1 yıldan fazla olduğu tespit edilse bile, 1 yıldan sonra kısmı için işçi tarafından işveren ve ferî müdahil olarak Sosyal Güvenlik Kurumuna hizmet tespit davası açması gerekmektedir. Fakat hizmet tespit davalarında yargı yoluna başvurulması için idari yolun tüketilmesine gerek yoktur.

Sosyal Güvenlik Kanunu'nun 79. maddesinin 8. fıkrasında, sigortalı hizmetin tespiti davasının kime karşı açılacağı konusunda kesin bir düzenleme olmamakla birlikte, Yargıtay'ın son yıllarda verdiği kararlara bakıldığında davanın işveren ile birlikte Kurum karşı da açılmasının gerekliliği vurgulanmaktadır. Yargıtay'ın, Kanun'da açık bir hüküm bulunmamasına rağmen böyle bir içtihat oluşturmasında sosyal sigorta ilişkisinin ve hizmet tespiti davasının özellikleri göz önüne alınmıştır. Yargıtay'ın verdiği kararlarda Sosyal Güvenlik Kurumunu mecburi dava arkadaşı olarak nitelendirmesi sebebiyle, hizmet tespit davası

açılırken davalı olarak işverenin yanı sıra Sosyal Güvenlik Kurumunun da davalı olarak gösterilmesi gerekmektedir.

#### **IV. Hizmet tespit davası için dava açma süresi**

Hizmet tespit davasının yasal dayanağı olan 5510 sayılı Sosyal Güvenlik Kanunu'nun ilgili maddesinde belirtilen 5 yıl sürenin niteliği konusunda tartışma olsa da Yargıtay'ın bu süreyi hak düşürücü süre olarak dikkate aldığı içtihatlarından anlaşılmaktadır. Hak düşürücü süre olması sebebiyle davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi re'sen de dikkate alınabilir. Buna göre, işçi çalıştığı süre içerisinde sigortalı olmanın koşullarını taşıması durumunda, iş akdinin sona erişini takip eden yılın başından itibaren 5 yıl içerisinde dava açılabilir. Bu sürenin geçmesi durumunda işçinin herhangi bir hak talebi söz konusu olamamaktadır.

Beş yıllık sürenin hizmetin geçtiği yılın sonundan başlamasında amaç, sigortalının çalıştığı süre içerisinde işverene karşı böyle bir davayı açmakta karşılaştığı güçlükler ve işçinin işverenle karşı karşıya gelmesini önlemektir.

Yargıtay içtihatlarında da kesinleştirildiği üzere, sigortalının aynı işyerine birden fazla girmiş olması, hak düşürücü süre üzerinde herhangi bir etki doğurmaz. Hak düşürücü süre, her işten ayrılış için ayrı ayrı hesaplanır. Ayrıca, sigortalı işe giriş bildirgesi işveren tarafından Kuruma verilmiş, fakat prim belgeleri verilmemiş ve primleri ödenmemişse hak düşürücü süre söz konusu olmadan dava açılabilir. Örneğin, işçi bir işyerinde 09.05.2013 tarihinde sigortasız olarak çalışmaya başlamış ve 24.10.2013 tarihinde işten ayrılmış olsun. İşçinin bu dönem için hizmet tespit davası açma süresi çalışmanın ait olduğu yılı takip eden yılbaşından itibaren yani 01.01.2014 tarihinde başlar. Aynı işçinin, hak düşürücü süre içerisinde aynı işyerinde tekrar işe başlıyor olması 01.01.2014 tarihinde başlamış olan hak düşürücü sürenin durmasına ya da kesilmesine neden olmaz.

Söz konusu 5 yıllık sürenin hak düşürücü süre olması sebebiyle;

a-Müfettiş durum tespit tutanağı ya da tahkikat raporlarıyla çalışma tespit edilmişse,

b-Asgari işçilik incelemesi neticesinde işverenden sigortalının primleri işverenden Kurumca icra yoluyla tahsil edilmişse,

c-İşveren imzalı ücret tediye bordrosunda sigortalıdan sigorta primi kestiğini açıkça gösterdiği halde sigorta primini götürüp Kuruma yatırmamışsa,

d-Sigortalı durumunda iken memurluğa geçmiş olursa,

e-İşe giriş bildirgesi Kuruma süresinde verilmiş; fakat bordrosu ve primi SGK'ya intikal ettirilmemişse,

f-İşçilik hakları tazminatlarına (ihbar, kıdem tazminatı, ücret alacağı vs.) ilişkin aynı döneme ait kesin hüküm niteliğini taşıyan yargı kararları varsa

hizmet tespit davaları zamanaşımına uğramaz.

#### **V. Hizmet tespit davasında ispat yükümlülüğü**

Geçmiş yıllarda hizmet tespit davalarının işçi lehine sonuçlanması için ispat konusunda yapılan usulsüzlükler ve bunların önüne geçmek amacıyla Yargıtay, içtihat yoluyla ispatı zorlaştırmıştır. Buna göre mahkemece kabul edilen deliller; kurumdaki işyeri dosyası ile sigortalının şahsi sicil dosyası ve işveren nezdindeki işyeri dosyasıdır. Bundan başka işverenin niteliğine göre Ticaret Sicil Memurluğu, Ticaret Odası, meslek kuruluşları, ücret tediye bordroları gibi belgeler de mahkemece gerekli görülüp incelenebilir.

Bunun yanı sıra, hizmet tespit davalarında müfettiş tahkikat raporları ve durum tespit tutanakları güçlü birer delil olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, delil ve tanık ifadeleri değişmemesine rağmen denetim elemanı tarafından verilmeyen hizmetler hâkim tarafından verilebilmektedir.

Bu yazılı delillerin yanı sıra, çalışma olgusunun varlığının her türlü delille ispatı kabul edildiğinden, tanık beyanları maddi gerçeği bulmakta dikkate alınır. Daha önce verilen kararlara bakıldığında, tanık beyanları somut olgulara dayanmalı, çelişkili olmamalı, tanık ifadeleri inandırıcı nitelikte olmalıdır. Tanık ifadelerinin hakim tarafından olumlu yönde dikkate alınabilmesi için, tanıkların davaya söz konusu hizmet tespit

süresinde aynı işyerinde bordrolu olarak çalışıyor olması, çalışma süresince işçi-işveren ilişkisinin varlığına vakıf olması, aynı işyerinde çalışmıyor olsa bile işyerindeki faaliyetlerin ve sigortalı durumunun oluştuğunu gözlemleyebilecek konumda olması ispat ve karara etki açısından önem taşır. Ayrıca söz konusunu hizmet tespit süresinin uzun yıllar öncesine ait olması durumunda hakim, bu bilgilerin nasıl olup da doğru bir şekilde aktarılabildiği hakim tarafından göz önünde bulundurulması gerekir.

Hizmet tespit davalarında aynı soyadı taşıyan davalı ve davacıların akraba olup olmadıkları araştırılmakta, akrabalar arasındaki hizmet tespit husumetlerine daha titiz yaklaşılmaktadır. Örneğin davacı ile davalı karı-koca ise bunların birinin diğerinin hizmetini eksik bildirim yoluyla sosyal güvenceden mahrum bırakması hayatın normal akışına ters olacağından, davacının çalıştığı sürelerin aynen bildirildiğinin kabulü gerekip bu konuda yazılı delil olmaksızın salt şahit beyanlarıyla aksine hüküm kurulmamaktadır.

## VI. Davanın hukuki sonuçları

Kurum, sigortalı hizmetin tespiti davası sonucunda mahkemenin verdiği ilamın gereğini yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde, taraflar temyiz haklarını kullanabilirler.

Sosyal Güvenlik Kurumu mahkeme tarafından hüküm altına alınan çalışma süreleri için işverene tebligat çıkarak o döneme ait belgeleri verme ve prim ödeme yükümlülüklerini yerine getirmesini ister. İşveren prim belgelerini vermezse Kurum re'sen prim tahakkuk belgesi düzenler.

Yapılan re'sen tescil neticesinde mahkeme kararında belirtilen aylı kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından dikkate alınır. Ayrıca söz konusu sürelerle ilişkin sigorta primine esas kazanç tutarları üzerinden hesaplanacak prim tutarları ile 5510 sayılı Kanun'un 89. maddesi uyarınca hesaplanacak gecikme zammı işverenden istenir.

Unutulmamalıdır ki, 5510 sayılı Kanun ile prim ödeme yükümlülüğü tamamen işverene verilmiş, sigortalıya ise bu konuda herhangi bir görev verilmemiştir. 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesine göre; 4'üncü maddenin birinci fıkrasının a bendinde belirtilen sigortalıları çalıştıran işveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun gereğince hesaplanacak sigortalı hissesi prim tutarlarını ücretlerinden keserek ve kendisine ait prim tutarlarını da bu tutara ekleyerek en geç Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma öder.

Kurum tarafından tahakkuk ettirilen primlerin işverence ödenmemesi halinde, söz konusu olan çalışma süresi işçinin emekli olması için gereken süreye dâhil edilmeyecektir. Bu durum, işveren primlerinin işçi tarafından ödenmesini gerektirebilir. Fakat Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 2006/3797 esas no'lu ve 2006/13179 sayılı kararında; "506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddesinde 'yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurum'ca tespit edilmeyen sigortalıların çalışmalarını, 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 sayılarının nazara alınacağı' belirtilmiştir. Yasa'da başka bir koşul öngörülmemiş olup, prim borçlarının ödenmesinden işverenler sorumlu olduğuna, ödenmeyen primlerin tahsil ve takibinden de kurum yetkili ve görevli bulunduğu göre, Yasa'nın öngördüğü şekilde çalışmaları bildirmeyen işveren ve çalışmayı tespit etmeyen kurumun bu davranışlarının sonucu sigortalıya yüklenmemelidir. Aksi bir düşünce sigortalının hiçbir zaman yaşlılık aylığına ulaşamaması gibi bir sonucu da doğurabilir, bu da sosyal güvenlik ilkeleri ile bağdaşmaz." denilerek işçinin lehine bir karar tesis edilmiş ve işçinin sosyal güvenlik hakkı korunmaya çalışılmıştır.

## VII. Sonuç

Sosyal güvenlik hakkı, işçilerin sahip olduğu en temel haklardan biridir. Yukarıda da belirtildiği üzere işçiler bu haklarını sosyal ve ekonomik koşulların ağırlığı sebebiyle kullanma yoluna genellikle gitmemektedir. Bazı işçiler haklarının farkında olup bunları elde etmek için idari mercilere veya yargı yoluna başvursalar da bunun işçiler üzerinde ayrıca hem maddi hem manevi bir külfet getirdiği açıkça ortadadır.

Hizmet tespit davalarında ispat konusunda daha önceki zamanlarda yapılan usulsüzlükler sebebiyle sıkılaştırılan ispat yükümlülüğü, bu davaları kazanmayı daha zor hale getirmiştir. Kabul edilmeli ki sigortasız çalıştırılan işçilerin, geriye dönük çalışmalarının mevcut olduğunun, yeterli delil ve bulgularla ortaya konulması işin pratiğinde oldukça zordur. İşçi tarafından idari bir denetime başvurulsa veya kurum tarafından sigortasız olma durumu tespit edilse bile, işçiler sadece bir gün üzerinden kayıt altına alınacakları için, sigortasız işçi çalıştırmak işveren açısından son derece cazip bir duruma gelmektedir.

Ayrıca, yasalarla idareye bu konunun çözümü için yetkiler verilmiş olmakla beraber, konunun yargıya taşınması uzun süreli sigortasız çalışma durumunda bir gereklilik halini almıştır. Yukarıda mevzuat hükümlerinden de anlaşılacağı üzere fiilen yapılan tespitlerde; tutanakta bir yıldan daha öncesine ait bir tarih olsa bile, en fazla tespit tarihinden bir yıl önceki süreler dikkate alınmaktadır. Geriye kalan süreler için hizmet tespit davası açılması zorunludur. Fakat 5510 sayılı Kanun'a göre işyerinde çalıştığı fiilen tespit edilen sigortalının geriye dönük bir yıllık hizmetinin tespiti için herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Diğer yandan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde çalıştığı fiilen tespit edilen sigortalıya geriye dönük bir yıllık hizmet kazandırabilmek belli koşulların varlığı halinde mümkün olabilmektedir. Bu durumlar incelendiğinde 5510 sayılı Kanun kendi içinde bir çelişki barındırmaktadır. Devletin çıkaracağı yasa ve yönetmeliklerde bu çelişkiyi ortadan kaldırması işçinin hak kaybı yaşamaması açısından büyük önem taşır.

Son olarak, bütün bu eksikliklere ve çelişkilere rağmen hizmet tespit davaları, işçilerin en temel hakkı olan sosyal güvenlik hakkının zorlu bir yol da olsa kendilerine sağlanması açısından önemli ve etkili bir yöntem olarak kullanılmaktadır.

*Bu makalede yer alan açıklamalar, yazarının konu hakkındaki kişisel görüşünü yansıtmaktadır. Makaledeki bilgi ve açıklamalardan dolayı EY ve/veya Kuzey YMM ve Bağımsız Denetim A.Ş.'ye sorumluluk iddiasında bulunulamaz. Mevzuatın sık değiştirilen ve farklı anlayışlarla yorumlanabilen yapısı nedeniyle, herhangi bir konuda uygulama yapılmadan önce konunun uzmanlarından profesyonel yardım alınmasını tavsiye ederiz.*