

Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Hizmet Tespitinde Prime Esas Kazançların İspatı

Senem ERMUMCU¹

ORCID: 0000-0002-6191-5592

Öz: Sistem olarak tanınan sosyal güvenliğin amacı, sigortalıyı sosyal risklere karşı korumaktır. Sosyal güvenlik sistemimizde benimsenen zorunluluk ve re'sen tescil ilkeleri gereği sigortalılık çalışmaya başlama ile kendiliğinden doğmaktadır. Primli sistemin benimsendiği ülkemizde, işveren tarafından bildirilmeyen ya da Kurumca tespit edilemeyen sigortalılık süreleri için hizmet tespit davası oldukça önemlidir.

Bu davada hem çalışma olgusu hem de prime esas kazançlar tespit edilmektedir. Ancak yüksek mahkeme tarafından her iki tespit için benimsenen usûl ilkeleri farklıdır.

Bu çalışmada, hizmet tespiti davasında doğal sonuç olarak tespit edilen prime esas kazançların ve gerçek ücretin ispatı meselesi incelenecek ve yargı kararları irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Güvenlik Hakkı, Sigortalılık, Hizmet tespiti, Prime Esas Kazançların Tespiti, Gerçek Ücret, İspat Hakkı.

Proof of Insurable Earning in Service Detection in the Social Security Law

Abstract: The aim of social security, known as a system is to protect the insured against social risks. In accordance mandatory insurance principle adopted in our social security system and the principles of direct registration, insurance arises automatically when starting work. However, the service detection actions is very important for insurance periods that are not notified by the employer or determined by the Institution in our country where the social security system with social contributions has been adopted,

In this case, both working case and insurable earning on social security contributions are determined. However, the procedural principles adopted by the high court for both determinations are different.

In this study, the proof of insurable earning and real wages determined as a natural result in the service detection actions and judicial decisions will be examined.

¹ Dr. Öğr. Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Makale Geliş Tarihi: 29.12.2020- Makal Kabul Tarihi: 27.02.2021

Keywords: Right to social security, insurance status, service detection, determination of insurable earning, real wage, right of proof.

Giriş

Sosyal güvenlik, sosyal devlet ilkesinin en önemli sonuçlarından birisidir. Sosyal güvenlik hakkı ilk kez anayasal bir hak olarak 1961 anayasasında düzenlenmiştir. Bu hak, diğer temel haklar gibi dokunulamayan, vazgeçilemeyen, devredilemeyen temel insan hakkıdır.

Sosyal güvenliğin temel amacı, insanları yoksulluğa düşürmeden, kişiliğini, onurunu, özgürlüğünü koruyarak toplumu korumak, toplumsal barışı sağlamaktır (Özveri, 2000: 6-7). Çalışanın sosyal güvenlik hakkının korunması Sosyal Güvenlik Kurumu'nun temel hedefidir. Kurum, bu hedefi gerçekleştirmek için gereken her türlü tedbiri almalıdır. Dolayısıyla hem yasa koyucunun hem de Kurumun amacının sosyal güvenlik hakkının korunması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle, yüksek mahkeme yıllardır verdiği kararlarında sosyal güvenlik hakkı bakımından çalışan lehine yorum yapılmasını uygun görmüştür² (Özveri, 2000: 8).

Sosyal güvenlik hakkının tam yerine getirildiğinden söz edebilmek için sigortalılık süresi oldukça önemlidir. Bu sürenin tam ve doğru tespiti ile sosyal güvenlik hakkına ulaşıldığından bahsedilebilir. Sigortalılık süresinin Kurumca tam ve doğru tespit edilememesi halinde açılacak hizmet tespit davaları hayati bir öneme sahip olacaktır.

Yargıtay, hizmet tespit davalarında verdiği kararlarında çalışma olgusunun tespiti ve ispatı ile prime esas kazançların tespiti ve ispatında farklı usulî ilkeler benimsemiş ve farklı sonuçlara ulaşmıştır. Yargıtay'ın bu sonuçları hem sosyal güvenlik hakkına ulaşmada önemli bir araç olan hizmet tespit davalarının niteliğine hem de temel bir insan hakkı olan sosyal güvenlik hakkının niteliğine uygun düşmemektedir.

Genel Olarak Sosyal Güvenlik Hakkı

Sosyal güvenlik hakkı, her ne kadar mevzuatımızda açıkça tanımlanmamışsa da doktrinde ve yargı kararlarında, kişileri, analık, hastalık, yaşlılık, işsizlik gibi risklere

² Yargıtay 1958 ve 1971 tarihlerinde verdiği içtihatı birleştirme kararlarında bu hususu açıkça şu şekilde dile getirmiştir: "...**çalışanlar yararına yorumun** sosyal güvenlik hukukunun ilkelerinden kaynaklanan bir zorunluluk olduğu sonucuna ulaşılmıştır". Yargıtay başka bir kararında, "...Sosyal güvenlik hakkının sosyal risklere karşı sigortalıyı koruma amacı özellikle haktan yararlandırma hususunda şüpheye düşüldüğü durumlarda **sigortalı lehine değerlendirmeyi zorunlu tutar**. Bu nedenle kanunun çok açık olduğu durumlarda dahi kuşkulu bir durumun varlığı iddia edildiği takdirde, şüphenin sigortalının lehine yorumlanacağı iş ve sosyal güvenlik hukukunun temel ilkelerindedir..." YHGK, 20.11.2018 tarih, E. 2015/2861, K. 2018/1741. (www.hayfahukuk.com)

karşı korumayı amaç edinmiş bir güvence olarak tanımlanmıştır³ (Güzel/Okur/Caniklioğlu, 2020: 2). Sosyal güvenlik hakkı hem ulusal hem de uluslararası hukuki belgelerde koruma altına alınmış bir insan hakkıdır. “Sosyal güvenlik” kavramı ilk kez 1944 yılında Filadelfiya Bildirgesi’yle uluslararası bir belgede kullanılmıştır. Aynı dönemlerde, Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 68 sayılı “Sosyal Güvenlik Tavsiyesi” kabul edilmiştir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 22. maddesinde sosyal güvenlik hakkı, “*Herkes toplumun bir ferdi olarak sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Sosyal güvenlik bireyin onuru, kişiliğinin geliştirilmesi için kaçınılmaz ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tatmin edilmesi temeline dayanır*” şeklinde düzenlenmişken, 102 Sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşme’de sosyal güvenliğe ilişkin asgari normlar belirlenmiştir. Bu uluslararası belgeler ile sosyal güvenlik bir hak olarak tanınmıştır.

Sosyal güvenlik hakkı, Anayasamızda ise, “Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevler” başlığı altında 60. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, “*Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar*”. Anayasamızın 61. maddesinde ise, sosyal güvenlik hakkı bakımından özel olarak korunması gerekenlere yer verilmiştir. Anayasada temel hak ve hürriyetler arasında sayılan sosyal güvenlik hakkının dayanağı sosyal devlettir. Sosyal devleti gerçekleştirmenin temel şartlarından bir tanesi de sosyal güvenlik hakkının devlet güvencesi altında olmasıdır (Güzel/Okur/Caniklioğlu, 2020: 2; Tuncay/Ekmekçi, 2019: 6; Sözer, 2019:3). Anayasamızın 65. maddesi, sosyal güvenliğin sağlanmasında devletin sorumluluğunu şu şekilde sınırlandırmıştır: “*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir*”.

Öyleyse denilebilir ki, sosyal güvenlik hakkının hukuki boyutu olduğu gibi kurumsal boyutu da vardır (Özveri, 2017: 224). Anayasamız devlete bu hakkın sağlanması için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemiştir. Devlet, bu yükümlülüğü Sosyal Güvenlik Kurumu aracılığıyla yerine getirmeye çalışmaktadır. Elbette bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde en önemli etken finansal kaynaklardır. Ülkemizde bu finansal kaynaklar, işçi ve işverenlerden alınan primlerle sağlanmakta ve tabii ki devletin ulusal bütçesinden de desteklenmektedir. Yani sosyal güvenlik hakkının temininde ülkemizde kabul edilen sistem primli sistemdir. Toplanan bu finansal kaynaklar, gelir dağılımının yeniden düzenlenmesinde ve risklerle karşılaşıldığında riskin ortadan kaldırılmasında kullanılmaktadır (Güzel/Okur/Caniklioğlu, 2020: 61). Kısacası temel bir insan hakkı olan, bağımlı-bağımsız çalışan ayrımı yapmadan herkesi kapsayan sosyal güvenlik hakkı, çalışana her türlü sosyal riske karşı korumayı amaçlayan ve üç ayaklı bir sistemle (sigortalı, işveren ve devlet) gerçekleştirilen bir güvencedir.

³ Yargı kararı için bkz. Yargıtay 10. HD, E. 2013/327, K. 2013/1329, T. 05.02.2013 “Sosyal güvenlik hakkı, bireylerin geleceğe güvenle bakmalarını sağlayan bir insan hakkıdır”. (www.calismatoplum.org, S.39)

Sosyal Güvenlik Hakkını Güvenceye Alan Temel İlkeler

Sosyal güvenlik sisteminin temel amacı, çalışana sosyal risklere karşı korumaktır. Bu korumayı devlet, sosyal devlet anlayışı ve kurumlarının desteği ile gerçekleştirecektir. Sosyal Güvenlik Kurumu bu amacı gerçekleştirmek için ihtiyaç duyduğu ekonomik desteği, herkesin sisteme dahil olmasıyla ve çalışan ile işveren arasında alacağı primlerle sağlayacaktır. Bunun için de çalışan herkesin sisteme dahil olması gerekmektedir⁴. Bu nedenle, primli sosyal güvenlik sisteminde prim kaçığı olmaması oldukça önemlidir. Güvenceyi sağlayacak finansman için sigortalılığın zorunluluğu ilkesi ve re'sen tescil ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkeleri hayata geçirmekle görevli olan da Sosyal Güvenlik Kurumu'dur.

Zorunluluk İlkesi

Sosyal sigorta ilişkisi, hizmet ilişkisinin kurulmasıyla kendiliğinden doğar. Sigortalılık ilişkisinden vazgeçmek ya da bu ilişkiyi azaltmak, ortadan kaldırmak şeklindeki anlaşmalar geçersizdir⁵. Bunun sebebi de sigortalılık ilişkisinin hem hak hem de yükümlülük olarak kabul edilmesidir⁶. 506 sayılı Sosyal Sigortalar

⁴ "... 5510 sayılı Kanununun 79. maddesinde Kurumun prim alma zorunluluğu ve ilgililerin de prim ödeme zorunluluğu hüküm altına alınmıştır. Taraflar arasındaki ihtilaf konusu olan prim tutarını davacıdan Kurumun tahsil ettiğine dair çekişme bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, primi tahsil yetkisi ve ilgili maddedeki şartların varlığı halinde işveren hissesine düşen tutarın belirlenerek İşsizlik Sigortası Fonundan talep etme yetkisi sadece Kurumda olduğu ve bu halde davalı Kurumun davalı sıfatına sahip olduğu gözetilerek, işin esasına girilmesi gereğinin dikkate alınmaması ile yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir..." Y. 10. HD, 30.09.2020 tarih, E. 2019/4437, K. 2020/5229 (www.karararama.yargitay.gov.tr). Yine başka bir kararda Yargıtay bu hususu şu şekilde anlatmıştır: "...Türk sosyal sigortalar sistemi, ağırlıklı olarak primli rejime dayanmaktadır. Kurumun sosyal sigorta yardımlarını sağlaması, en önemli gelir kaynağı olan sigorta primlerinin zamanında ve eksiksiz olarak ödenmesine bağlıdır. Sosyal Güvenlik Kurumunun gelirleri arasında sayılan sosyal sigorta ve genel sağlık sigortası prim gelirleri, idari para cezaları, gecikme zamları ve katılım payları ilgililerce ödenmediğinde Kurum tarafından tahsili gerekmektedir..." Y. 10. HD, 14.09.2020 tarih, E. 2017/2441 K. 2020/4345 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

⁵ Yargıtay verdiği bir kararda sigortalı olmak istemediğini feragat ettiğini belirten noterden düzenlenmiş ibranameyi geçersiz saymıştır. Yargıtay 10. HD, 01.02.1985 tarih, E.1985/223, K. 1985/418 (Yargıtay Kararları Dergisi Haziran 1985, s. 831-833). Benzer kararlar için bkz. Y.10. HD, 14.10.2010 tarih, E. 2010/2539, K. 2010/13641 (Çalışma ve Toplum, S.29, s. 563); Y. 10. HD, 08.05.2019 tarih, E. 2018/5084, K. 2019/4047 (Çalışma ve Toplum, S. 2020/1, s. 481).

⁶ YHGK, 02.02.2005 tarih, E. 2004/10-737, K. 2005/26 (www.calismatoplum.org, S.5): "...Sigortalı olmak", kişi bakımından salt bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülüktür ve bu nedenle, kişinin isteğine, ediminin sosyal, toplumsal, etik niteliğine bırakılmamıştır. Bir

Kanunu'nun 6. maddesinde zorunluluk ilkesi şu şekilde düzenlenmiştir; *"Çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla kendiliğinden "sigortalı" olurlar. Sigortalılar ile bunların işverenleri hakkında sigorta hak ve yükümleri sigortalının işe alındığı tarihten başlar. Bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümlüden kaçınılamaz ve vazgeçilemez. Sözleşmelere, sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamaz"*.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 92. maddesinin 1. fıkrasında ise, *"Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir"* hükmü ile zorunluluk ilkesi düzenlenmiştir.

Yargıtay da verdiği kararlarda sigortalılık ilişkisinin zorunluluğuna vurgu yapmaktadır⁷.

Sigortalılık ilişkisi çalışanın edimini sunduğu andan itibaren kendiliğinden başlamaktadır. Bu husus, 5510 sayılı Kanun'un 7. maddesinde, *"Sigortalılığın başlangıcı MADDE 7- Sigorta hak ve yükümlülükleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının; a) (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya, meslekî eğitime veya (...) (1) staja başladıkları tarihten..."* şeklinde düzenlenmiştir. Bunun için herhangi bir idari işleme gerek olmadığı gibi işverenin Kuruma bildirme ve tescil işlemlerini yapmamış olması da sigortalılığın başlangıcını olumsuz etkilememektedir (Güzel/Okur/Caniklioğlu, 2020: 149). Kısacası, bu ilişki Kanun gereği kendiliğinden doğmaktadır ve sigortalı olmak, kamu düzenine ilişkin hukuksal ilişkidir. Yargıtay'ın kararlarında vurguladığı gibi sosyal güvenlik kuruluşlarının bu statünün oluşumundaki rolü yenilik doğurucu ve iradi bir durum değildir⁸.

başka anlatımla, kişi, yasanın sigortalı sayılmak için belirlediği duruma dahil olmakla kendiliğinden sigortalı olacaktır. Yapılmakta olan işin toplumsal boyutu, sosyal güvenlik ile ulaşılmaya çalışılan evrensel amacın gözardı edilmesine yol açacak gerekçelere dayanak yapılamaz..." Benzer şekilde, YHGK, 09.05.2018 tarih, E.2016/21-439, K. 2018/1041. (www.kararara.com)

⁷ Y.10. HD. 14.10.2010 tarih, E. 2009/18137, K.2010/565 (www.legalbank.net); Y.10. HD, E. 2010/2539, K. 2010/13641 (www.legalbank.net) : "...506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 6. maddesinde de bu ilke aynen benimsenerek, çalışanların işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı olduğu, bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümlüden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği, sözleşmelere sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamayacağı belirtilmiştir. Bu haliyle sigortalı olmak, kişi bakımından sadece bir hak olmayıp aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu nedenle, sigortalılık hakkından feragat edilemez. Kamu düzenini ilgilendiren bu tür tespit davalarında hâkimin feragat nedeniyle davayı reddetmeyip özel bir duyarlılık göstererek delilleri kendiliğinden toplaması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir".

⁸ Y. 10. HD, 08.05.2019 tarih, E. 2018/5084, K. 2019/4047 (Çalışma ve Toplum, S. 2020/1, s. 481).

Resen Tescil İlkesi

Sosyal güvenlik hakkı, vazgeçilemeyen ve uluslararası sözleşmelerle de korunan temel haklardandır. Bu hak, sigortalıyı korumayı ve sigortalı lehine düşünmeyi gerektirir. Zira bu hakkın amacı, sigortalının karşılaşılabileceği risklerden onu korumaktır. Sosyal güvenlik sistemine herkesin dahil olmasının sağlanması sigortalılığın zorunluluğu ve kurumun re'sen tescili ile sağlanacaktır.

5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin 7. fıkrasında *"Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca, fiilen yapılan denetimler sonucunda veya işyeri kayıtlarından yapılan tespitlerden ya da kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde veya kamu kurum ve kuruluşları ile bankalar tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı anlaşılan sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir"* hükmüne yer verilmiştir. Re'sen tescil işleminin yapılabilmesi için sigortalının çalışmasına rağmen Kuruma bildirimini 1 ay içinde yapmamış olması gerekmektedir. Ayrıca bu durumun denetim ve kontrol elemanlarınca tespit edilmesi gerekir. Bu denetim, şikâyete bağlı olabileceği gibi re'sen de yapılmış olabilir (Tuncay/Ekmekçi, 2019: 249). Bu tespit ya sigortalının çalışmasına rağmen hiç bildirilmemiş olmasına ya da çalıştığı günlerin eksik bildirilmiş olmasına veyahut eksik ücret ödendiğine dair olabilmektedir. Kanunun 86. maddesinde Kurumca yapılan tespitlerde sigortalının prime esas kazançlarının ya da hizmetlerinin en fazla geriye dönük (tespitten itibaren) 1 yıllık süre için olabileceği düzenlenmiştir. Doktrinde, bu süre sınırlandırmasının sebebinin 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde sebepsiz zenginleşme davalarında zamanaşımı süresinin 1 yıl olması düşünülmektedir (Tuncay/Ekmekçi, 2019: 250).

Kurumun re'sen tespitinden sonra işverene 1 aylık süre verilmiştir. İşveren 1 ay içinde sigortalının işe giriş bildirgesini ve prime esas kazanç belgesini Kuruma vermelidir. Bu süre içerisinde işveren tarafından verilmez ise Kurum tarafından re'sen tescil işlemi gerçekleştirilecektir. Prim borcu da işverene tebliğ edilir.

Kurum tarafından re'sen tescil işlemi sadece denetim ve kontrollerden sonra değil hizmet tespit davası neticesinde yargı kararına göre de yapılabilir.

Sosyal güvenlik sisteminin zorunluluğu ilkesinin hayata geçirilebilmesi için Kuruma düşen yükümlülük, Kuruma verilen re'sen tescil yetkisi ile yerine getirilmeye çalışılmaktadır. Bu gayet anlaşılabilir bir yetkidir. Zira sosyal güvenlik sistemindeki kaçaklardan baş sorumlu Kurumdur.

Genel Olarak Hizmet Tespit Davaları

Hizmet tespit davası denildiğinde ilk akla gelen soru, bu davaya neden ihtiyaç duyulduğudur. Çünkü sigortalılık zorunludur, vazgeçilemezdir. Hatta Sosyal Güvenlik Kurumu denetim ya da kontrollerde sigortasız işçi çalıştırıldığını ya da

eksik gün bildirildiğini tespit eder ise re'sen tescil işlemini de yapar. Buna rağmen hizmet tespit davalarının varlığı şu şekilde açıklanabilmektedir: Primli sistemin uygulandığı ülkemizde sigortalının hizmetlerden yararlanabilmesi için prim ödemesi gerekmektedir. Prim ödememek ya da vergi vermemek için sigortasız işçi çalıştırmak maalesef ülkemizin bir gerçeğidir⁹. Bu gerçeklik, çalışanın sosyal risklerle muhatap olmasına ve daha düşük yaşlılık aylığı almasına sebep olmaktadır. Bu nedenle de hizmet tespit davaları işveren tarafından bildirilmeyen ya da primleri eksik bildirilen, Kurumca da re'sen tespit ve tescil edilemeyen sigortalıya tanınan bir haktır. Kısacası, hizmet tespit davalarının amacı, sigortalıların hizmetlerinin karşılığı olan sosyal güvenlik hakkının korunmasıdır (Ertürk, 2017:820).

Hizmet tespit davalarında, sigortalı olarak bildirilmeyen süre, yeni prim ödeme gün sayısı, prime esas kazanç miktarı tespit edilir. Zira işveren 86. madde uyarınca çalıştırdığı sigortalıyı ve prime esas kazançlarını, prim ödeme gün sayılarını Kuruma bildirmekle yükümlüdür.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda da hizmet akdine dayalı çalışanlar bakımından Kanunun 86. maddesinde hizmet tespiti davası açılabileceği düzenlenmiş, kendi namına çalışanlar bakımından benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle davayı sadece 4/a'lular açabilecektir. Bu davayı açabilecek olanlar bakımından ayırıcı unsur hizmet akdi ile çalışmadır. Hizmet akdinin tespitinde ise ayırıcı unsur bağımlılık unsurudur. Bu nedenle kişisel bağımlılık ilişkisi var olan, hizmet akdi ile çalışan sigortalılar hizmet tespit davasını açabilecektir.

Davanın açılma süresi de hak düşürücü süreye¹⁰ bağlanmış ve hizmetin bittiği yılı takip eden yıldan itibaren 5 yıl olarak düzenlenmiştir.

Hizmet Tespit Davasında Temel İlkeler

Hizmet tespit davası, 5510 sayılı Kanun'un 86/9. maddesinde düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesine göre ise, 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 01.10.2008 tarihinden önceki hizmetlerin tespiti davaları için 506 sayılı Kanun'un 79/10. maddesi uygulanacaktır. Ancak bu hükümler incelendiğinde, sadece dava açma süresinin ve genel hatları ile davanın hangi durumlarda

⁹ "...Ne var ki, sigortalıların bazı haklardan yararlanmaları öncelikle Kuruma bildirimeleri, belirli süre prim ödemiş olmaları ve kanunun gerektirdiği bilgilerin açık bir şekilde bilinmesi koşullarına da bağlıdır. Anılan bilgi ve belgelerin Kuruma ulaştırılmaması veya eksik ulaştırılması hâlinde ise bildirimsiz (kaçak) çalıştırma olgusu ortaya çıkacaktır. **Bu durum, prim ve gelir vergisi ödememek için işverenlerce sıklıkla başvurulan bir yol olup, ülkenin gerçeklerinden biridir. İşte bu noktada, işçinin birtakım yasal haklardan yararlanabilmesi için sigortalı hizmetinin tespitini istemesi gereği ortaya çıkmaktadır...**" YHGK, 09.07.2020 tarih, E. 2016/2343, K. 2020/560 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

¹⁰ YHGK 15.02.2012 tarih, E. 2011/10-751, K. 2012/68 "Kural olarak, sigortalı, bildirimsiz kalan çalışmalarının tespitini, hak düşürücü sürenin işlemeye başladığı, hizmetin geçtiği yılın sonundan itibaren beş yıl içerisinde isteyebilir". (www.kazanci.com.tr).

açılabilirliğinin düzenlendiği görülmektedir. Oysa bu konudaki Yargıtay içtihatları incelendiğinde; bu davanın kamu düzenini ilgilendirdiği¹¹, re'sen araştırma ilkesinin varlığı¹², bu davalarda feragat ve delil sözleşmesinin geçerli olamayacağı¹³, hakimın kesin delillerle bağlı olmadığı¹⁴, hakimın çalışma olgusunu eksiksiz tespit etmesi gerektiği¹⁵, çalışma olgusunun hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeden özel

¹¹ “Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanların hizmetlerin tespitine ilişkin davalar, **kamu düzenine ilişkindir**. Bu nedenle özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmesi zorunludur”. Y. 10. HD, 29.06.2020 tarih, E. 2020/892, K. 2020/4031 (www.karararama.yargitay.gov.tr). Benzer kararlar için bkz. Y. 10. HD; 29.06.2020 tarih, E. 2020/476, K. 2020/4032; Y. 21. HD, 29.06.2020 tarih, E. 2019/2011, K. 2020/2826. (www.karararama.yargitay.gov.tr).

¹² “...**re'sen araştırma ilkesi doğrultusunda**, davalı işyerinin bordrolarında uyumsuzluğa konu dönemin tamamını kapsar şekilde çalışması bulunan bordro tanıkları re'sen belirlenerek beyanlarına başvurulması..” Y. 10. HD, 23.06.2020 tarih, E. 2020/879, K. 2020/3750 (karararama.yargitay.gov.tr). “...Ancak hizmet tespiti davalarında re'sen araştırma ilkesi gereğince gerçek işverenin kim olduğunun tereddütsüz bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir...” Y. 10. HD, 16.06.2020 tarih, E. 2019/5174, K.2020/3284 (karararama.yargitay.gov.tr). “...temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, bu tür davalarda tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip, gerek görüldüğünde, re'sen araştırma yapılarak kanıt toplanabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır...” Y. 10. HD, 14.10.2020 tarih, E. 2020/2434, K. 2020/6084. (karararama.yargitay.gov.tr).

¹³ “... Dolayısıyla, sosyal güvenlik hakkında HMK. 307. (HUMK. 91.) maddesi kapsamında **feragat olanaksızdır**. Davacı ancak, HMK. 123. maddesinde düzenlenen hakkını kullanabilir ve ileride yeniden dava açabilme hakkını saklı tutarak, davalının rızası ile davanın takibinden vazgeçebilir veya HMK. 150. maddesi hükmü gereğince davayı takip etmeyerek yenileninceye kadar dosyanın işlemde kaldırılması ve davanın açılmamış sayılması sonucunu elde edebilir.

Bu nedenle, davacı vekili tarafından sözü edilen 307'inci madde hükmüne göre davadan feragat edilmesi durumunda, davadan vazgeçilemeyeceği davacı/davacı vekiline bildirilmeli, feragat beyanının Kanunun 123 veya 150. maddelerinde düzenlenen haklardan birinin kullanımını niteliğinde olup olmadığı ilgiliye sorulmak suretiyle belirlenmeli, beyanın anılan anlamlarda kullanıldığı saptandığı takdirde duruma göre belirtilen maddelerde öngörülen prosedür işletilmeli, aksi durumda ise elde edilecek sonuca göre dava konusu istem hakkında yeniden bir karar verilmelidir...” Y. 10. HD, 17.06.2020 tarih, E. 2019/6345, K. 2020/3438 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹⁴ “...Bundan başka hâkim tarafların ileri sürmedikleri vakıaları da kendiliğinden araştırıp kararını bu vakılara dayandırabilir ve davanın ispatı için **bütün delillere kendiliğinden başvurabilir...**” HGK, 07.05.2019 tarih, E. 2015/1572, K. 2019/520 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

¹⁵ “...Hizmet akdine dayalı çalışma olgusunun ispatında delil sınırlandırması yoksa da davacının Kurum sicil dosyası, işyeri özlük dosyası temin edilip işyerinin Kanunun kapsamında veya kapsama alınacak nitelikte bulunup bulunmadığı **eksiksiz bir şekilde belirlendikten sonra...**” Y. 10. HD, 5.10.2020 tarih, E. 2020/1007, K. 2020/5427 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

duyarlılıkla araştırılıp tespit edileceği¹⁶, tanıkların inandırıcılığı üzerinde titiz inceleme yapılması gerektiği¹⁷ vurgulanmaktadır.

Davanın Tarafları

5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin 9. fıkrasına göre, hizmet tespit davasını açabilecek olan davacı taraf, "*aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılardır*". 5510 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasının 7. bendinde tanımlanan hak sahipleri de miras bırakanlarının sağlığında açtığı hizmet tespit davasını devam ettirebilecekleri gibi mirasbırakanın sağlığında dava açılmamışsa, ölümünden sonra da bu davayı açabileceklerdir¹⁸. 5510 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre, hak sahipleri; sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malûllük, vazife malûllüğü veya aylıklı aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasını ifade eder. Hak sahipleri de mirasbırakanın sağlığında açtığı hizmet tespit davasını devam ettirebilecekleri gibi mirasbırakanın sağlığında böyle bir dava açılmamışsa hak sahiplerinin mirasbırakanın ölümünden sonra bu davayı açmakta hukukî yararı vardır (Erbaş, 2004: 3-4). Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrasında sendikaların da sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açma hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir.

Hizmet tespit davasında davalı taraf ise, 5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin 9. fıkrasına göre, işçiyi hizmet akdine dayalı olarak çalıştıran ancak sosyal sigorta yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverendir. Yine 5510 sayılı Kanun'un 12. maddesinin 2. fıkrasına göre, sosyal güvenlik mevzuatından doğan yükümlülüklerden işveren ile işveren ad ve hesabına işin veya görülen hizmetin bütününe yönetmekle yükümlü olan işveren vekili de sorumludur. Bu nedenle, hizmetlerin tespiti ile ilgili işveren vekiline karşı da dava açılabilmesi mümkündür¹⁹.

¹⁶ "...sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin davalar, kamu düzenine ilişkin olduğundan, **özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi zorunludur...**" Y. 10. HD, 23.09.2020 tarih, E. 2019/6182, K. 2020/4812

(www.karararama.yargitay.gov.tr).

¹⁷ "...bazen uzun yılları kapsayan bilgilerin insan hafızasında yıllarca eksiksiz nasıl taşınabileceği düşünülmeli ve tanıklar buna göre dinlenilmeli, re'sen araştırma kapsamında sadece taraf tanıkları ile yetinilmeyip mümkün oldukça işyerinin müdür, amir, şef, ustabaşı ve postabaşı gibi görevlileri ve o işyerinde çalışan öteki kişiler ile o işyerine komşu ve yakın işyerlerinde bu yeri bilen ve tanıyanlar dahi dinlenerek **tanık beyanlarının sağlığı denetlenmeli ve çalışma olgusu böylece hiç bir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde belirlenmelidir...**" Y. 10. HD, 5.10.2020 tarih, E. 2020/1007, K. 2020/5427 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹⁸ YHGK 25.05.1983 tarih ve 1981/9-1157 E. – 1983/564 K. (www.kazanci.com.tr).

¹⁹ Y.10.HD, 30.06.2016 tarih, E. 2016/4900, K. 2016/10918

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasında, Sosyal Güvenlik Kurumunun hizmet tespit davasında davalı değil davalının yanında fer'i müdahil olduğu düzenlenmiştir²⁰.

Dava Açma Süresi

5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin 9. fıkrasına göre, *“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”*. Kanunun bu hükmünden anlaşılacağı üzere, sigortalı, işten ayrıldığı yılın sonundan itibaren beş yıl içerisinde bu davayı açmalıdır²¹.

Hizmet tespit davasının açılmasına dair Kanundaki düzenlemede sürenin hukuki niteliği hakkında bir açıklık söz konusu değildir. Bu nedenle sürenin hukuki niteliği oldukça tartışılmıştır. Doktrinde bazı yazarlar bu sürenin zamanaşımı süresi olduğunu kabul etmişken (Güzel/ Okur/Caniklioğlu, 2020: 284; Tunçomağ, 1990:

(www.karararama.yargitay.gov.tr).

²⁰ 5521 sayılı mülga İş Mahkemeleri Kanununda, hizmet tespit davalarında sosyal güvenlik kurumunun taraf sıfatına dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak Yargıtay, davanın Sosyal Güvenlik Kurumu'nun alanını da ilgilendirmesi nedeniyle davaya dâhil edilmesi gerektiği yönünde kararlar vermekte ve Kurumun da davalı sıfatıyla davada yer alması amacıyla kendisine ihbar edilmesi gerektiğini ve yargılama giderlerinden de sorumlu olacağını belirtmekteydi. Y.21.HD, 27/09/2016 tarih, E. 2015/19128, K. 2016/11762, (www.karararama.yargitay.gov.tr). 6552 sayılı Kanunun 64. maddesi ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesinin 4. fıkrasına bir hüküm eklenmiş ve bu hükümde, sigortalı tarafından açılan hizmet tespit davalarının Kuruma re'sen ihbar edilmesi, Kurumun davaya, davalı yanında fer'i müdahil olarak katılması, hükmün Kurum tarafından uygulanması, Kurumun kanun yoluna başvurabilmesi açıkça düzenlenmiştir. Elbette ki, bu kanuni düzenleme kanunun (6552 sayılı Kanunun) yürürlük tarihi olan 11/09/2014 tarihinden sonra açılacak davalara uygulanabilecektir.

²¹Anayasa Mahkemesi, davacı işçinin davalı işveren nezdinde hizmetinin geçtiği son tarihin titizlikle araştırılması ve sürenin başlangıcının da buna göre belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir. AYM. 27/10/2016 Tarihli ve 2014/16928 Başvuru No'lu Kararı (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 13.11.2020). Yargıtay bir kararında ise, dava açma süresinin hizmetin geçtiği yılın sonundan itibaren değil, hizmetin Kuruma bildirilmediğinin öğrenildiği andan itibaren başlayacağına karar vermiştir. Y. 10. HD, 23.9.1991 tarih, E. 1991/7359, K. 1991/7067 (www.isgfrm.com.tr). Hak sahipleri bakımından dava açma süresinin ne zaman başlayacağı Kanunda düzenlenmemiştir. Yargıtay, sigortalı olan murisin sağlığında dava açma süresini kaçırmamış olduğu hallerde hak sahipleri yönünden dava açma süresinin murisin ölümü tarihinde başlayacağı yönünde kararlar vermiştir. Y. 21. HD, 27.04.1999 tarih, E. 1999/2735 K. 1999/2874 (www.evavuz.av.tr). *“...Şu duruma göre, bir hak sahibi yönünden hak düşürücü süre; ancak muristen kendisine sigortalılık tesbit istemine ilişkin bir hakkın intikal ettiği ölüm tarihinde başlamalıdır...”*.

193; Sözer, 2019: 481), diğer bir grup ise, sürenin hukuki niteliğini hak düşürücü olarak benimsemiştir (Ertürk, 2017: 825; Tuncay/Ekmekçi, 2019: 280; Çenberci, 2017: 636-637). Yargıtay kararlarında genellikle bu süre, hak düşürücü süre olarak kabul edilmiştir²².

Davanın Konusu

5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin 9. fıkrasına göre, "*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 mabkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır*". Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere, hizmet tespit davasının konusu, sigortalı hizmetlerin geçmişe doğru yargı kararı ile tespitidir.

Hizmetin Tespiti

Hizmet tespiti davalarında mahkeme kararı ile sigortalının geçmiş dönemlere ait hizmetlerinin tespiti yapılmaktadır. Mahkeme, bu davanın sadece hizmet akdi ile çalışanlar açısından yani 4/a'lılar için mümkün olacağını kabul etmiştir²³. Bunun yasal dayanağı olarak da 506 sayılı Kanun'un 79. maddesinin 10. fıkrasını ve 5510 sayılı Kanun'un 86. maddesini göstermiştir.

Hizmet tespit davalarında yargı organı tarafından tespiti istenen maddi vaka, sigortalının çalışma olgusudur. Hizmet akdi ile çalışan sigortalının çalışma olgusunun tespitinde ayırıcı unsur bağımlılık ve zaman unsurudur. Ücret ise, yargı kararlarında da belirtildiği üzere hizmet akdinin zorunlu unsuru değildir²⁴. Ancak

²² Y. 10. HD, 09.11.2015 tarih, E. 2015/17274, K. 2015/18794 (www.kazanci.com.tr) ; Y.10.HD, 25.12.2017 tarih, E. 2017/3861, K. 2017/9160 (www.kazanci.com.tr) . Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da; "...Anlaşılacağı üzere, çalışmanın tespiti istemiyle hak arama yönünden Kanun ile getirilen süre, doğrudan doğruya hakkın özünü etkileyen **hak düşürücü niteliktedir** ve dolması ile hakkın özü bir daha canlanmamak üzere ortadan kalkmaktadır..." YHGK, 12.03.2020 tarih, E. 2016/2715, K. 2020/296 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

²³ "1479 sayılı Bağ-Kur Kanununda 506 sayılı Yasanın 79/10.maddesine benzer şekilde geçmiş günlerdeki sigortalılığın tespitine yönelik yasal düzenleme mevcut değildir.5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda (Resmi, 2006, 26098) da **hizmet akdine dayalı çalışanlar bakımından Kanunun 86.maddesinde hizmet tespiti davası açılabileceği düzenlenmiş**, kendi namına çalışanlar bakımından benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple kendi nam ve hesabına çalışanlar, sigortalılık sürelerinin tespitine yönelik dava açamayacak, açmaları halinde davalar lehlerine neticelenmeyecektir". YHGK, 03.11.2004 tarih, E. 2004/10-524, K. 2004/581 ve 15.11.2006 tarih, E.2006/21-703 K. 2006/728 (www.legalbank.net)

²⁴ "...ücret almadan yapılan çalışmalarında sigorta kapsamına alınması gerektiği genel olarak kabul görmüştür". Y. 10. HD, 05.02.2013 tarih, E. 2013/327, K. 2013/1329 (www.calismatoplum.org, S.39). "...Pozitif hukukumuzda hizmet akdi Borçlar Kanunu'nun 393.

Yargıtay bazı özel durumlarda çalışma olgusunun yani hizmet akdinin tespiti için ücretin özellikle araştırılması gerektiğine karar vermiştir²⁵.

Hizmet Tespit Davasında Çalışma Olgusunun İspatı

Genel Olarak İspat Faaliyeti

İspat, “bir önermenin doğruluğu hakkında kanaat verilebilmesi için bir nedenselliğin ortaya konulmasıdır” (Konuralp, 2009: 8; Kuru, 2017: 231-232; Çiftçi Türkel, 2016: 19)²⁶. Diğer bir deyişle, ispat, bir yargılama faaliyetinde taraflara eşit ölçüde delil sunma imkanının tanınarak her iki tarafın da delillerinin incelenmesidir. İspat faaliyetindeki temel amaç, gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bunun için uygulanması gereken en önemli nokta ise, gerçeğin ortaya çıkması ile ispat faaliyeti arasındaki tüm engellerin ortadan kaldırılması ve hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebilmesidir.

İspat hakkı, temelini hak arama özgürlüğü ile âdil yargılanma hakkından alan temel bir yargısal haktır. İspat hakkını tamamlayan diğer anayasal temelli yargısal haklar ise; hukukî dinlenilme hakkı, silâhların eşitliği ilkesi, aleniyet ilkesi, tarafsız yargılanma hakkıdır. Bu nedenle ispat hakkı ve temel yargısal haklar arasında sıkı bir ilişki vardır.

Sonuç olarak denilebilir ki, ispat hakkı anayasal bir haktır ve bu hakkın, temel hakların sınırlandırılmasına dair anayasada belirtilen demokratik hukuk devletinin gerekliliklerine, kanunilik ilkesine, özel sınırlama sebebinin varlığına, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, ölçülülük ilkesine, hakkın özüne dokunulamaması ilkesine uygun olması gerekir (Çiftçi Türkel, 2016: 22).

maddesinde tanımlanmış olup, her ne kadar tanımda “**ücret**” **unsuruna** yer verilmiş ise de, 506 Sayılı Kanun'un sistematigi ve takip eden diğer maddelerin düzenleniş şekli, anılan unsurun **sigortalı niteliğini kazanabilmek için zorunlu olmadığını ortaya koymaktadır**. Baskın olan bilimsel ve yargısal görüşlere göre, hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici özelliği, “zaman” ve “bağımlılık” unsurlarıdır. Zaman unsuru, çalışanın iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurmasını kapsamaktadır ve anılan sürede buyruk ve denetim altında (bağımlılık) edim yerine getirilmektedir. Bağımlılık ise, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır”. YHGK, 21.02.2018 tarih, E. 2015/21-139, K. 2018/316 (www.kazanci.com.tr)

²⁵ “...506 sayılı Yasa'nın 3/B-D maddeleri ile 5510 sayılı Yasa'nın 6/a-c maddelerinde de olduğu gibi ücretin sigortalı sayılmanın koşulu olan durumlarda **ücret alma olgusunun var olup olmadığı özellikle saptanmalıdır...**” Y. 21.HD, 14.06.2012 tarih, E. 2010/11057, K. 2012/6204 (www.legalbank.net)

²⁶ Doktrinde **KURU**, ispatı; dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayanağı vakıaların doğru olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemi olarak tanımlamıştır (Kuru, 2017: 231-232). Doktrinde **ÇİFTÇİ TÜRKEL**, “ispat hakkı, gerçeği yargılamada ortaya çıkarmak amacıyla gözleme dayalı olarak uyuşmazlık hakkında vicdanî kanaatine göre karar verecek hâkim ile ispat faaliyetinin objeleri ve süjeleri arasında engel yaratılmamasını talep hakkıdır” şeklinde bir tanım yapmıştır (Çiftçi Türkel, 2016: 19).

Hizmet Tespit Davalarında Çalışma Olgusunun İspatında Kurallar

Hizmet tespit davalarında ispatın konusu, 5510 sayılı Kanun anlamında sigortalı sayılmayı gerektiren çalışmanın varlığı, çalışmanın süresi ve bu çalışma karşılığı elde edilen prime esas kazançtır.

Hizmet tespit davaları Yargıtay'ın da vurguladığı üzere, kamu düzenine ilişkin olduğundan, bu davanın özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi zorunludur²⁷. Sosyal güvenlik hakkı kamu düzenine ilişkin olduğundan bu hakka ilişkin davalarda re'sen araştırma ilkesi uygulanır. Bu ilkenin anlamı ise, hâkimin tarafların ileri sürmedikleri vakıaları da kendiliğinden araştırıp kararını bu vakılara dayandırabilmesi ve davanın ispatı için bütün delillere kendiliğinden başvurabilmesidir. Bu noktada, bu davalar ile bağlantılı olan usul hukukuna hakim; re'sen araştırma ilkesi, kesin delillerle ispat zorunluluğu ve kamu düzeni kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

Re'sen Araştırma İlkesi ve Çalışma Olgusunun İspatı

Hizmet tespit davalarının ilk konusu olan çalışma olgusunun ispatında Yargıtay re'sen araştırma ilkesinin uygulanacağına karar vermektedir²⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddesine göre, "*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz*". Bu ilkenin aksine göre, hâkim, Kanun'un öngördüğü hallerde re'sen harekete geçerek, uyuşmazlığın aydınlığa kavuşturulması, gerçeğin ortaya çıkartılması amacıyla araştırma yapabilecek ve delil toplayabilecektir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, asıl olan taraflarca getirilme ilkesi olmakla birlikte kanunun öngördüğü hallerde hâkim re'sen harekete geçerek delil toplayabilecektir. Re'sen araştırma ilkesi, kamu düzenini gerektiren hallerde uygulama alanı bulan bir yargılama hukuku ilkesidir.

Re'sen araştırma ilkesi, taraflarca getirilme ilkesinin karşısında yer alır. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, dava malzemesinin yargılamaya getirilmesi sadece tarafın tasarrufunda değildir (Özmunçu, 2016: 146). Bu ilkenin uygulandığı davalarda, iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı uygulanmaz. Bu nedenle de yargılamaya yeni vakıaların getirilmesi mümkündür. Bu ilkenin uygulandığı davaların diğer bir özelliği, delil sözleşmesinin yapılamamasıdır. Çünkü, hâkim, re'sen araştırma ilkesinin söz konusu olduğu davalarda, uyuşmazlığın çözümü için gerekli gördüğü durumlarda, bir delilin getirilmesini isteyebileceğinden tarafların yapmış oldukları delil sözleşmesinin de bir anlamı kalmamaktadır. Hâkim,

²⁷ YHGK, 07.11.2019 tarih, E. 2016/920, K. 2019/1143 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

²⁸ YHGK, 05.11.2019 tarih, E. 2015/3509, K. 2019/1127 (www.karararama.yargitay.gov.tr). Diğer bir Yargıtay kararında, "...Sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davalarda temel kural resen araştırma ilkesidir..." Y. 10. HD, 22.11.2020 tarih, E. 2020/8890 E, K. 2020/6847 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

tarafların ileri sürdükleri ve fakat kendisinin gerçek olduğuna kanaat getirmediği durumlarda re'sen araştırma yapabileceği için tarafların ikrarı da hâkimi bağlamaz. Bu ilkenin uygulandığı davalarda yemin teklif edilemez. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim kesin delillerle bağlı değildir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, sigortalı hizmetlerinin tespitine ilişkin davalar kamu düzenine ilişkin davalardır ve re'sen araştırma ilkesi uygulanmaktadır. Bu durum hem doktrinde hem de yargı kararlarında kabul edilmiştir (Güzel/Okur/Caniklioğlu, 2020: 293; Tuncay/Ekmekçi, 2019: 283; Sözer, 2019: 483, Özveri, 2000: 246)²⁹. Bu nedenle, hizmet tespit davalarında sigortalının çalışma olgusu, hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı sigortalılık süresi gibi durumların önlenmesi, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip, gerek görüldüğünde re'sen araştırma yapılarak tespit edilecektir³⁰.

Kesin Delillerle İspat Zorunluluğu ve Çalışma Olgusunun İspatı

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, hukukî işlemler bakımından kesin delil sistemini benimsemiştir. Bu sistemde, hâkim kesin delillerle bağlıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 198. maddesine göre hâkim, Kanun'da belirtilen istisnalar dışında (yani senet, yemin ve kesin hüküm dışında) delilleri serbestçe değerlendirecektir. Kısacası, kesin delil var ise, hâkim delilleri serbestçe değerlendiremeyecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanununda, hukukî işlemler konusunda kesin delil sistemi; bunun dışında örneğin maddi vakalar bakımından ise serbest delil sistemi kabul edilmiştir.

Hizmet tespit davasının ilk konusu olan çalışma olgusunun tespiti maddi vakadır. Bu nedenle, kesin delil ile ispat kuralı değil serbest delil sistemi geçerlidir. Bu durumda, çalışma olgusunun varlığı hususunda taraflar her türlü delile dayanabilecektir³¹.

²⁹“...sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin davalar, kamu düzenine ilişkin olduğundan, özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi zorunludur. Bu bağlamda, hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinme durumlarının önlenmesi, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, bu tür davalarda tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip, gerek görüldüğünde, re'sen araştırma yapılarak kanıt toplanabileceği...” Y. 10.HD, 14.10.2020 tarih, E. 2020/2434, K. 2020/6084 (karararama.yargitay.gov.tr); Benzer kararlar için bkz. Y. 10.HD, 05.10.2020 tarih, E. 2020/221, K. 2020/5424 (karararama.yargitay.gov.tr); “...temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, bu tür davalarda gerek görüldüğünde re'sen araştırma yapılarak kanıt toplanabilecektir...” YHGK, 12.03.2020 tarih, E. 2016/2715, K. 2020/296 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

³⁰ YHGK, 05.11.2019 tarih, E. 2015/3509, K. 2019/1127 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

³¹ Bu konuda Yargıtay da benzer şekilde kararlar vermiştir: “...Çalışma olgusu her türlü delille ispat edilebilirse de...” Y. 21. HD, 06.11.2017 tarih, E. 2017/1672, K. 2017/8847 (www.kazanci.com.tr); “...Çalışma olgusu her türlü delille ispatlanabilirse de çalışmanın konusu, sürekli kesintili mevsimlik mi olduğu, başlangıç ve bitiş tarihleri ve alınan ücret

Kamu Düzeni ve Çalışma Olgusunun İspatı

Temel hakların en başta gelen sınırlanması, kamu düzenidir. Kamu düzeni kavramı oldukça muğlak bir kavram olması ve her hukuk sisteminde konuya farklı yaklaşılması nedeniyle açıklanması zor bir kavramdır³². Bununla birlikte her temel hakta olduğu gibi, ispat hakkının kullanılmasında da bazı durumlarda kamu düzeni bir sınır oluşturabilmektedir.

Sigortalı olma hakkı kamu düzenine ilişkin bir hak olmakla birlikte, sigortalılığın tespiti davaları da kamu düzenine ilişkin davalardır. Bu nedenle, hizmet tespit davalarının anayasal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğin yaşama geçirilmesindeki etkisi gözetildiğinde, sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin davalar kamu düzenine ilişkin olduğundan, özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi zorunludur³³.

Hizmet Tespit Davasında Prime Esas Kazançların İspatı

Belli bir dönemdeki çalışmaların tespiti istemini içeren hizmet tespiti davası, dava dilekçesinde açıkça belirtilmiş olmasa da 5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin 8. fıkrasında da düzenlendiği üzere, özünde prime esas kazançların ve prim ödeme gün sayılarının tespiti talebini de içermektedir. Yani sigortalı hizmet tespit davası açarak hiç bildirilmeyen ya da eksik bildirilen çalışmalarının tespitini talep ettiğinde, aslında o hizmetler için ödenecek primler için esas olacak prime esas kazançların da tespitini talep etmiş olmaktadır. Yani prime esas kazançların tespiti, hizmet tespit davasının doğal bir sonucudur. Hizmet tespit davası sonunda, mahkemenin hizmet tespitine ilişkin ilamı, işverenin Kuruma vermediği bildireler yerine geçecek belge niteliğindedir. Bu nedenle, mahkeme, dava sonunda vereceği kararda tespit edilen dönem için aylar itibarıyla prim ödeme gün sayıları ile 5510 sayılı Kanun'un 86. maddesine göre hesaplanacak olan "o dönemdeki" bir günlük ücreti de

konularında tanıkların sözleri değerlendirilirken bunların inandırıcılığı üzerinde durulmalı, verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları, işveren ve işçiyle, işyeriyle ilişkileri, bazen uzun yılları kapsayan bilgilerin insan hafızasında yıllarca eksiksiz nasıl taşınabileceği düşünülmeli ve tanıklar buna göre isticvap olunmalı, işyerinin kapsam kapasite ve niteliği ile bu beyanlar kontrol edilmeli, mümkün oldukça işyerinin müdür ve görevlileri, işyerinde çalışan öteki kişiler ile o işyerine komşu ve yakın işyerlerinde bu yeri bilen ve tanıyanlar dahi dinlenerek tanık beyanlarının sağlığı denetlenmeli ve çalışma olgusu böylece bir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak sağlıklı bir biçimde belirlendikten sonra..." YHGK, 07.04.2012 tarih, E. 2012/21-137, K. 2012/433 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

³² Anayasa mahkemesi kamu düzeni kavramını şu şekilde tanımlamıştır: "... Yerli ve yabancı birçok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terim sık sık görülmekte fakat tarifine pek az rastlanmaktadır... Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda kamu düzeni deyiminin toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının mubafazasını bedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sabadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır". 28.01.1964, E.1963/128, K.1964/8 (RG. 17.04.1964, S.11685).

³³ YHGK, 05.11.2019 tarih, E. 2015/3509, K. 2019/1127 (www.legalbank.net)

belirtecektir. 5510 sayılı Kanun'un "Prime Esas Kazançlar" başlıklı 80. maddesinin 1. fıkrasında, sigortalıların prime esas kazançlarının nasıl hesaplanacağı düzenlenmiştir. Prime esas kazançların hesabında ilk dikkate alınacak olan hak edilen gerçek ücretlerdir. İşveren tarafından ödenen ve ödenmesi gereken primlerin miktarının belirlenebilmesi amacıyla prime esas kazancın tespitinde, gerçek ücretin esas alınması şarttır. Tüm bu gerekçelerle hizmet tespit davalarında sigortalının gerçek ücretinin de tespit edilmesi gerekmektedir.

Prime Esas Alınacak Kazançlarda Gerçek Ücret Kavramı

4857 sayılı Kanun'un 32. maddesinin 1. fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. İş sözleşmesinin tarafları olan işçi ve işveren asgarî ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. Ancak, işverenlerin daha az prim ödemek ya da vergi vermek adına sigortalının aldığı ücretten daha az ücreti kuruma bildirmeleri ülkenin bir gerçeğidir. İşte bu gibi durumlarda, sigortalının gördüğü iş, kıdemi, eğitimi gibi kriterlerin dikkate alınarak ödenmesi gereken ücretin yargı tarafından belirlenmesi önemli olmaktadır. İşte bu noktada karşımıza şu soru çıkmaktadır: Acaba prime esas kazancın tespitinde ve gerçek ücretin ispatında hangi usul ilkeleri ve ispat kurallarından hareket edilecektir? Bu soruyu yöneltmemizin nedeni, içtihatlarda farklı sonuçlara ulaşılmasıdır³⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, gerçek ücretin ispatında önceki kararlarında "her türlü delili" mümkün görmekte iken, nispeten daha yeni tarihli kararlarında "yazılı delille ispat" şartını aramaktadır.

³⁴ "...gerçek ücretin her türlü delille ispatı mümkündür..." YHGK. 06.12.2013 tarih, E. 2013/9-438, K.2013/1648 (www.kazanci.com.tr); Yine benzer bir Hukuk Genel Kurulu kararında, "Kendiliğinden (resen) araştırma ilkesinin uygulandığı prime esas kazancın tespiti davalarında, hâkim resen delil toplayabileceği gibi taraflarda her türlü delil ileri sürebilirler. Bu nedenle ispat yükü bir tarafa yüklenemeyeceği gibi HUMK 288'inci maddesi (HMK 200'üncü) uyarınca senetle ispat zorunluluğu da bulunmamaktadır. **Prime esas kazancın tespiti davaları her türlü delil ile ispatlanabileceğinden** uyuşmazlığın çözümünde iş yerinde tutulması gerekli dosyalar ile kurumdaki belge ve kanıtlardan yararlanılmalı, ücret bordroları getirilmeli, müfettiş raporları olup olmadığı araştırılmalı, mümkün oldukça tespiti istenen dönemde iş yerinin yönetici ve görevlileri, iş yerinde çalışan öteki kişiler ile o iş yerine komşu ve yakın iş yerlerinde, tarafları veya iş yerini bilen veya bilebilecek durumda olanlar zabıta marifetiyle araştırılarak saptanmalı, alınan ücret konularında beyanlarına başvurulurken, tanıkların sözleri değerlendirilirken bunların inandırıcılığı üzerinde durulmalı, verdikleri bilgilere nasıl vakıf oldukları, işveren ve işçiyle, iş yeriyile ilişkileri, bazen uzun yılları kapsayan bilgilerin insan hafızasında yıllarca eksiksiz nasıl taşınabileceği düşünülmeli, beyanları diğer yan delillerle desteklenmelidir" denilmiştir. Yargıtay'ın diğer kararlarında ise, "...yazılı sınırları aşan, ücret alma iddialarının, **yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır...**" YHGK, 22.03.2017 tarih, E. 2014/10-2384; K. 2017/522 (www.kazanci.com.tr), benzer yönde kararlar için bkz. YHGK, 07.11.2019 tarih, E. 2016/920, K. 2019/1143 (www.avukatlarasor.net), YHGK, 05.11.2019 tarih, E. 2015/3509, K. 2019/1127 (www.legalbank.net).

Prime Esas Kazançların Tespitinde Gerçek Ücretin İspatı

Sigortalılığın tespitinde ücretin zorunlu bir unsur olmadığını kabul eden Yargıtay³⁵, prime esas kazançların tespitinde ücretin yazılı delille kanıtlanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesinin 3. fıkrasında "Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz" hükmü yer almaktadır. Aynı Kanun'un 200. maddesinde ise, "Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz" hükmü yer almaktadır. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, tarafların istedikleri zaman senetle ispat kuralının dışına çıkamayacakları anlaşılmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu hizmet tespit davasında prime esas kazançların tespitinde gerçek ücretin ispatına dair verdiği kararda; "...Bununla birlikte hizmet tespitine yönelik davalarda, davacının çalışmasının gerçekleştiği, işin ve işyerinin kapsam ve niteliği dikkate alınarak, ücretinin ve davalı ..., davalı işveren tarafından ödenen ve ödenmesi gereken primlerin miktarının belirlenebilmesi amacıyla, prime esas kazancın tespitinde, gerçek ücretin esas alınması koşuldur. Davanın niteliği gereği, çalışma olgusunun her türlü delille ispatlanabilmesine karşılık ücretin ispatında bu denli bir serbestlik söz konusu değildir. Çalışma olgusunun her türlü delille kanıtlanması olanağı bulunmakla birlikte; Hukuk Genel Kurulu'nun 2005/21-409 Esas, 2005/413 Karar sayılı kararında da belirtildiği üzere ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu bulunmaktadır. HMK 200. maddesi, Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar ve değerleri iki bin beş yüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar ve değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle iki bin beş yüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz, demekle, Kanunda ispat sınırı olarak gösterilen belli tutarı aşan hukuki işlemler ve senede karşı olan iddialar kural olarak yalnız senetle ispat edilebilir. Bu kaidenin istisnaları bulunmakta olup somut olayda ise bir istisna bulunmamakla birlikte senetle ispat şartı geçerlidir. Bir hukuki işlemin senetle ispatının gerekip gerekmediği o hukuki işlemin tümünün değerine göre belirlenir. Buna göre de ücret miktarı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. maddesinde belirtilen sınırları aşıyorsa, tespiti gereken gerçek ücretin; hukuksal geçerliliğe haiz olarak düzenlenmiş bulunmaları kaydıyla, işçinin imzasının

³⁵ "... (Mülga) 506 Sayılı Yasaya ve 5510 Sayılı Yasaya göre **sigortalılık niteliği için ücret zorunlu unsur değildir**. Bu husus, 506 Sayılı Kanun'un 3-1-B, 6 ve 78/2. maddeleri ve 5510 Sayılı Kanun'un 6/a, 7/a, 82/2-3. maddeleriyle hükmünde açıkça görülmektedir. Bilindiği gibi çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla sigortalı olurlar (506 sk. m. 6, 5510 sk. m.7/a). Maddenin "çalıştırılanlar" sözüne yer verip, aksine, hizmet akdiyle çalıştırılanlar ifadesine yer vermemesi karşısında, zaman ve bağımlılık koşulu gerçekleşmiş ise ücret koşulu gerçekleşmese de kişi, sigortalı sayılmalıdır..." 10. HD, 24.02.2015 tarih, E. 2015/1000, K. 2015/2972 (www.kazanci.com.tr).

bulunduğu aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtlar, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle ispatı mümkündür. Yazılı delille ispat sınırın altında kalan miktar içinse tanık dinletilebilir. Tespiti istenen miktar sınırı aşılıyor olsa bile varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa da tanık dinletilmesi mümkündür. 506 sayılı Kanun'un 78.maddesinde prime esas günlük kazançların alt ve üst sınırlarının ne olacağı gösterilmiştir. Günlük kazancın alt sınırı HMK 200. maddesinde belirtilen sınırı aşılırsa, ücretin yazılı delille saptanması gereğinin pratikte bir önemi kalmayacaktır. Zira 506 sayılı Kanun'un 78.maddesine göre, "...günlük kazançları alt sınırın altında olan sigortalılar ile ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden besaplanır" ücretin alt sınırla tespit edilen miktardan fazla olması halinde ise, günlük kazancın besaplanmasında asgari ücret esas alınır..." sonucuna ulaşmıştır³⁶.

Bu karar neticesinde, hizmet tespit davalarında "gerçek ücret" kavramlarının ispatında usûl hukukunda geçerli sistem olan senetle ispat zorunluluğu incelenmeli, işçi alacaklarında gerçek ücretin ispatı ile bu davadaki gerçek ücretin ispatına ilişkin kabul edilen kurallar karşılaştırılmalı ve hizmet tespit davalarında uygulanabilirliği tartışılmalıdır.

Senetle İspat Zorunluluğu

Senet Kavramı

Medeni yargılama hukukunda senedin genel bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak doktrinde senet, "bir kimse tarafından kendi aleyhine bir vakanın ileride delil teşkil etmek üzere kendisinin yazdığı ya da başkasına yazdırıp imzalattığı ve karşı tarafa verdiği belgedir" şeklinde tanımlanmaktadır (Kuru, 2017: 252; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 2013: 252).

Senedin varlığından söz edebilmek için aşağıda sayılan şartların yerine gelmesi gerekmektedir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, 2013: 252; Nart, 2007: 213):

a) Senet sayılan belgenin bir cisim bulması, yani dış aleme yansıyacak şekilde varlık kazanmış olması gerekir;

b) bunun yanı sıra senedin yazılı olması gerekir;

c) ayrıca senet bir vakıa hakkında bir irade beyanını içermelidir;

d) nihayet senedin altında imzanın bulunması gerekmektedir.

Senet, çok güvenilir bir ispat aracıdır. Bunun sebebi, senet delilinin diğer delillere nazaran daha emin, doğru ve objektif nitelikli olmasıdır. Hukukumuzda senet, en önemli kesin delildir. Çünkü, kesin delil (senet) ile ispatı gereken hukuki işlemlerin uygulama alanı çok geniştir. Kesin delil ile ispat zorunluluğu olan hallerde, elbette senet dışındaki diğer kesin delillerle de ispat mümkündür. Ancak diğer kesin delillerden olan "yemin" karşı tarafın iradesine bağlı olduğundan, "kesin hüküm" ise, aslında genellikle başka kesin delillere dayandığından hukukumuz bakımından senet, en önemli kesin delildir (Önen, 1979: 240).

³⁶ YHGK, 05.11.2019 tarih, E. 2015/3509, K. 2019/1127 (www.kazanci.com.tr)

Senetler, düzenleyen kişilere ve ispat güçlerine göre, adi ve resmi senetler olmak üzere ikiye ayrılır. Resmi bir makam veya memurun katılımı olmadan taraflarca düzenlenen senetlere adi senet adı verilir. Senedin özel bir şahıs tarafından düzenlendiği bütün durumlarda adi senet söz konusudur. Resmi senet, resmi bir makam (organ) veya memurun katılmasıyla ile düzenlenen senetlerdir. Resmi makamın doğrudan doğruya düzenlemeyip de sadece imzasını ve tarihini onayladığı senetler de resmi senetlerdir. İspat hukuku bakımından resmi ve adi senet arasındaki en önemli fark, resmi senetteki imzanın doğrudan doğru kabul edilmesi ve adi senetteki imzanın ikrar edildiği takdirde doğru kabul edilmesidir.

Belge kavramı ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 199. maddesinde tanımlanmıştır: “(1) *Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir*”.

Delil, senet için gerekli unsurları ihtiva ederse senet vasfını kazanacak; ihtiva etmezse belge olarak nitelendirilebilecektir. Bu bakımdan her senet bir belge olmakla birlikte her belge bir senet değildir (Kale/Keser, 2015: 719).

İmzalı Ücret Bordroları Senet midir? Belge midir?

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda senet kavramının tanımına yer verilmemiş olmasına rağmen Kanunun 199. maddesinde belge kavramına yer verilmiştir. Bu kavramın tanımı incelendiğinde, belge hukuki olarak bir delil olup delil, “ispat faaliyetinde kullanılan ve dava öncesi, mahkeme dışında gerçekleşmiş olan vakıaların temsilen yargılamaya aktarılmasına yarayan ve çekişmeli vaktayı temsile ya da yansıtmaya elverişli olan inandırma araçlarıdır” (Pekcanitez/Atalay/Özekes, 2013: 689).

Kanunun 199. maddesinde belgenin tanımına bakıldığında senedi de içeren bir “üst kavram” olarak kabul edildiği görülecektir. Kanundaki belge tanımından iki unsura sahip olduğu doktrinde dile getirilmektedir (Kale/Keser, 2015: 717). İlk unsur belgenin bir “bilgi taşıyıcısı” olmasıdır. İkinci unsur ise “uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli olma”dır. Belgenin içerdiği bilgi, hâkimde uyuşmazlık konusu vakıanın gerçekleştiği konusunda kanaat oluşturuyorsa veya uyuşmazlık konusu vakıanın ispatını sağlıyorsa ispata elverişli olarak kabul edilebilir. Kanunda belge olarak örnek mukabilinde yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plân, kroki, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları sayılmıştır. Bunlar sınırlı sayıda değildir. Belge ile ilgili olarak bir sınırlayıcı tanım yapmak yerine belgenin ne olduğunu belirleyen bir çerçevenin çizilmiş olması senetle ispat kuralının yumuşatılması açısından önemli bir imkân sağlamaktadır.

Senedin ispat gücü kanunda düzenlenmişken, belgenin ispat gücüne kanunda yer verilmemiştir. Yani belgenin ispat gücü, onun senet olup olmamasına göre değişmektedir. Belge kesin delil olabileceği gibi hâkimin takdirinde rol oynayan bir bilgi gücünde de olabilir (Arslan/Yılmaz/Ayvaz Taşpınar, 2017: 397). Kanunda belgenin delil gücü düzenlenmemiş olsa da Yargıtay kararlarında belgenin delil

gücüne yer vermiştir. Yargı kararlarının bir kısmında belgenin delil başlangıcı (Ata Sarıgül, 2020: 11)³⁷ bir diğer kısmında da genellikle belirtilmese de takdiri delil olarak görülmesi söz konusudur (Ata Sarıgül, 2020: 15)³⁸. İspat gücü açısından her belgenin kesin delil olması mümkün değildir. Çünkü bütün belgelerin senet olarak görülmesi ve kesin delil olarak değerlendirilmesi isabetli olmaz (Ata Sarıgül, 2020: 15).

İşçinin ücret bordrolarının hukuki niteliği incelendiğinde ise, hem 4857 sayılı Kanun'daki hem de 5510 sayılı Kanun'daki hükümlerden ve Yargıtay'ın kararlarından anlaşılacağı üzere ücret bordroları senet kabul edilemez.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8/3 maddesine göre, “*Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, **temel ücreti ve varsa ücret eklerini**, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri **gösteren yazılı bir belge** vermekle yükümlüdür*”. 5510 sayılı Kanun'un 85. maddesinde de “*İşverenin, işin emsaline, niteliğine, kapsam ve kapasitesine göre işin yürütümü açısından gerekli olan sigortalı sayısının, çalışma süresinin veya prime esas kazanç tutarının altında bildirimde bulunduğu tespit edilirse, işin yürütümü açısından gerekli olan asgari işçilik tutarı; yapılan işin niteliği, kullanılan teknoloji, işyerinin büyüklüğü, benzer işletmelerde çalıştırılan sigortalı sayısı, ilgili meslek veya kamu kuruluşlarının görüşü gibi unsurlar dikkate alınarak tespit edileceği*” düzenlenmektedir. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, ücret bordroları senet değil yazılı birer belge niteliğindedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği kararda³⁹, “*ücret miktarı HMK'nın 200. maddesinde belirtilen sınırları aşıyorsa, **tespiti gereken gerçek ücretin**; bukişsal geçerliliğe hâiz olarak düzenlenmiş bulunmak kaydıyla işçinin imzasının bulunduğu aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, **ücret bordroları gibi belgelerle** ispatı mümkün olduğundan, buna göre araştırma yapılması gerekmektedir*” demektedir. Yargıtay kararlarında da ücret bordroları senet olarak değil yazılı belge olarak kabul edilmektedir. Belge, ispat hukuku açısından bir bilgi taşıyıcısı olarak değerlendirildiğinden koşulları olması halinde delil başlangıcı veya takdiri delil

³⁷ “...bu dönemde de yukarıda yazılı şartları taşıması halinde e-mail çıktılarının delil başlangıcı teşkil etmesi mümkün olduğundan...” Y. 11.HD, 11.4.2014 tarih, E.2012/17758, K.2014/7220 (www.kazanci.com.tr)

³⁸ “...davacının bu delilleri ile davacı tarafından PTT aracılığıyla davalı tarafa gönderdiği havaleler, yukarıda açıklanan ilke ve esaslar doğrultusunda inceleme ve araştırma yapılarak, sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir”. Y. 13.HD, 8.9.2015 tarih, E.2015/28467, K.2015/26584 (www.kazanci.com.tr). Doktrinde Sarıgül Ata, “*Yargıtay mail ve telefonu belge olarak kabul etmiş olmakla birlikte delil gücüne ilişkin herhangi bir belirlemede bulunmamıştır. Yargıtay, mahkemenin sadece yeterli bir ispat aracı olup olmadığını değerlendirmesi gerektiğini ve buna uymaksızın karar vermesini aykırı görmüştür. Bu karar her ne kadar ispat gücünü belirlemediği olsa da yeterli ispat aracı olup olmadığının değerlendirilmesini istediğinden mail ve telefon mesajlarını takdiri delil olarak ele almıştır*” demiştir.

³⁹ YHGK, 07.11.2019 tarih, E. 2016/920, K. 2019/1143 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

olarak sayılabilecektir. Öyleyse imzalı ücret bordroları senet kabul edilemeyeceğinden ve sadece bir belge olduğundan ispat gücü de takdirli delil ya da delil başlangıcı olarak görülebilecektir. Bu nedenle gerçek ücretin ispatında işveren imzalı ücret bordrolarına dayandığında, sigortalıdan karşı delil olarak yazılı bir delil aramak mümkün görünmemektedir. Zira bordro senet olamayacağından senede karşı senetle ispat kuralı da uygulanamayacaktır.

Hizmet tespit davalarında prime esas kazançların tespitinde gerçek ücretin ispatlanmasında Yargıtay “yazılı delil” aranacağından bahsetmiştir. Yargıtay’ın yazılı delil ile anlatmak istediği senet midir? Yoksa Kanunda düzenlenen belge midir?

Yargıtay’ın Gerçek Ücretin İspatında Aradığı “Yazılı Belge” Kavramı

Usûl hukuku sistemimizde ispat hakkının temel sınırı, “kesin delillerle ispat zorunluluğudur”. Senetle ispat zorunluluğu, ispat hakkını sınırlandırdığı gibi aynı zamanda hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisini de sınırlandırması sebebiyle çok taraflı bir ispat hakkı ihlâlî oluşturmaktadır (Çiftçi Türkel, 2016: 508). Zira, kesin delil sisteminde hâkim, kesin delillerin aksine serbestçe değerlendirme yaparak kararını veremez. Bu deliller geçerli ise, hâkim kararını bu delillere göre vermek durumundadır. Bu usulî ilke, davanın tarafı özellikle sigortalı gibi güçsüz ise onun elini kolunu bağlayan bir ilkedir ve hizmet tespit davasında gerçek ücretin ispatında sigortalının ispat hakkının elinden alınması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, sigortalı gerçek ücretini ispatlayacak ikna edici deliller kullanmak istese de yapamayacak ve temel hakkı olan ispat hakkına müdahale edilmiş olacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı incelendiğinde, hizmet tespit davalarında prime esas kazancın tespiti için şart olan gerçek ücretin ispatında HMK 200. maddesi uyarınca “yazılı delilin” aranacağından bahsedilmektedir. Kanunun 200. maddesinde belirli bir miktarı aşan hukuki işlemlerin “senetle” ispatlanması kuralından bahsedilir. Kanundaki bu senet kavramının aslında “kesin delil” olarak anlaşılması gerektiği doktrinde savunulmaktadır (Kuru, 2017: 263). Kanunda “kesin delil” yerine “senet” ifadesinin kullanılmasının nedeni olarak senedin kesin deliller içerisinde en önemli delil olması gösterilmektedir. Bu nedenle de Kanunun bu maddesinde belirtilen hallerde senet dışında kesin delil olan “yemin” ya da “kesin hüküm” deliline de başvurulabileceği söylenmektedir. Yargıtay, prime esas kazançların tespitinde gerçek ücretin ispatında sadece “yazılı delil” kavramına yer vermiş, HMK’nın 200. maddesine atf yapmış, ispat hakkını sınırlamıştır. Oysa temel bir hak olan ispat hakkının yorumlanmasında, tüm temel haklarda olduğu gibi sınırlandırmanın istisna olması gerekmektedir ve hakkın geniş yorumlanması amaçlanmalıdır. Senetle ispat kuralı, adil yargısal karara ulaşma konusunda bir engel olarak görülmekte ve eleştirilmekte iken, iş ilişkisinde zaten zayıf taraf olan ve eşit konumda bulunmayan sigortalının gerçek ücretinin ispatında “yazılı delil” aramak hak arama özgürlüğünün önüne duvar örmek anlamına gelmektedir. Yargıtay’ın da kararlarında açıkça vurguladığı üzere, gerçek ücretin imzalı ücret bordrolarında eksik gösterildiği ülkenin bir gerçeğidir. Sigortalı, imzalı ücret bordrosu karşısında gerçek ücretini ispatlayacak

başka hangi yazılı delili gösterebilecektir bunu anlamak mümkün görünmemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de verdiği kararlarında, silahların eşitliğini bozabilecek veya geçeceği yansıtmayacak kararların ortaya çıkmasına engel olunması gerektiğini, adaletli karar elde etme hakkını ve ispat hakkını oldukça sık vurgulamakta ve devletlere bu hususta yükümlülükler yüklemektedir⁴⁰.

Anayasa Mahkemesi ise, *“Taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin sağlanmasını amaçlayan silâhların eşitliği ilkesi, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında eşitliğin sağlanması ve bu dengenin yargılamanın her aşamasında korunmasını ifade etmekte olup, bu usuli güvence gereğince, **uyuşmazlığın her iki tarafına da savunmasının temel dayanağı olan delilleri sunma imkânı tanınmalıdır**”* şeklinde karar vererek ispat hakkı ile silahların eşitliği ilkesini bağdaştırmaktadır⁴¹.

İspat hukukunda tarafların silahı onların sahip oldukları “delilleridir”. Bu nedenle, davanın taraflarının birinin silâhı diğerinden üstün olur ise bu eşitsizlik ispat hakkının ihlaline sebep olacaktır.

Sonuç olarak, hizmet tespit davalarında prime esas kazançların tespiti için gerekli olan sigortalının gerçek ücretinin ispatında Yargıtay içtihatlarında benimsendiği üzere “yazılı delil” ile ispat şartının aranması “silahların eşitliği” ilkesine ve dolayısıyla ispat hakkının zedelenmesine neden olacaktır. Zira daha önce de belirtildiği üzere, zaten eşit olmadığı apaçık ortada olan sigortalı ve işverenin aynı zamanda delillerindeki bu eşitsizlik adil yargılanma hakkının zedelenmesine ve gerçeğe ulaşma amacıyla aykırılığa sebep olacaktır.

O hâlde prime esas kazanç tespitinde, bordro bir senet kabul edilemeyecek sadece Kanundaki ifade ile “belge” sayılabilecek ve bu durumda prime esas kazançların tespitinden gerçek ücretin ispatında “senetle ispat kuralı” aranmayacaktır. Zira Yargıtay’ın hizmet tespit davalarında prime esas kazançların tespitinde gerçek ücret ispatlanırken aradığı “yazılı belge” senet değildir. Yargıtay kararında hem HMK’nın 200. maddesindeki senetle ispat zorunluluğu kuralına atıf yapmakta hem de senetten değil “yazılı belgeden” bahsetmektedir. Kısacası Yargıtay, Kanundaki usûl kuralına kendisi yeni bir kural eklemektedir. Bu kuralı da *“ücretin miktarı **HMK’nın 200. maddesinde belirtilen sınırları aşıyorsa, tespiti gereken gerçek ücretin; bukuksal geçerliliğe haiz olarak düzenlenmiş bulunmak kaydıyla işçinin imzasının bulunduğu aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle ispatı mümkün olduğundan, buna göre araştırma yapılması gerekmektedir**”* şeklinde ifade etmektedir.

⁴⁰ De Haes and Gijssels v. Belgium, 24.2.1997, 13616/88 (HUDOC). Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, hangi delillerin hangi uyumsuzluk hakkında getirildiği konusunda kendilerinin takdir yetkisi bulunmadığını vurgulamaktadır. Schenk v. Switzerland, 12.07.1988, 10862/84 (HUDOC).

⁴¹ AYM 20.3.2014 tarih, 2013/1780, § 23-24 (RG 10.5.2014, S. 28996).

İşçi Alacağı Davasında Gerçek Ücretin İspatı

Anayasamızın 55. maddesinde, “*ücret emeğin karşılığıdır*” ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca Borçlar Kanunu’nun 401. maddesi, işvereni işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlü tutmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 32. maddesinde ise ücret, “*Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır*” şeklinde tanımlanmıştır.

Ülkemizin en önemli sorunlarından biri kayıt dışı istihdamdır. İş sözleşmelerinde gerçek ücretin bildirilmemesi işçinin alacaklarının eksik ödenmesine sebep olurken, sosyal güvenlik açısından gerçek ücretin bildirilmemesi sigortalının daha düşük yaşlılık aylığı almasına sebep olmaktadır.

Uygulamada, birçok işçinin gerçekte aldığı ücret ile Kuruma bildirilen ücreti farklı olduğundan ve aldığı ücretin asgari ücret olarak bildirildiğinden, aslında asgari ücretin üzerinde ücret aldığından şikâyet edilmektedir. Bu durum, çalışanlar açısından hak kayıplarına sebep olduğu gibi işletmeler için haksız rekabete neden olmakta, ülke ekonomisi için prim ve vergi kayıpları oluşturarak ekonomiyi olumsuz etkilemektedir.

Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçiye aittir⁴². İşçi gerçek ücretini nasıl ispat edecektir? Bu hususta iş mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargı kararları konunun çözümü için bize yol göstermektedir. Ancak yargı kararlarında, işçi alacakları davasında gerçek ücretin tespitinde izlenen yol ile hizmet tespit davasında gerçek ücretin tespitinde izlenen yol farklıdır.

İşçi alacağı davalarında, işçinin alacak miktarını etkilediği ortada olan ücretin doğru tespit edilmesi gerektiği yargı kararlarında açıkça dile getirilmektedir. Yargıtay bu hususu; “... Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır...” şeklinde ifade etmiştir⁴³.

⁴² “...ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçide olup davacının yaptığı iş, kıdemi ve tanık beyanları birlikte değerlendirildiğinde dosyadaki delil durumu iddia edilen ücret miktarını ispat için yeterlidir...” 9.HD, 26.10.2020 tarih, E. 2017/17433, K. 2020/13284 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁴³ “...Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir...” Y. 22. HD, 21.02.2018 tarih, E. 2015/25693, K. 2018/4193 (karararama.yargitay.gov.tr). Benzer karar için bkz. “...Dosya içerisinde

İşçi alacağı davasında gerçek ücretin tespiti için Yargıtay, “...Taraflar arasında, davacı işçiye ödenen ücret konusunda uyumsuzluk bulunmaktadır. **İş sözleşmesinin tarafları arasında ücret miktarı konusunda çıkabilecek ihtilaflarda gerçek ücretin her türlü delille ispatı mümkündür.** Aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, tanık beyanları gibi delillerle işçinin imzasını taşıyan ücret bordroları veya hizmet sözleşmesinde yazılı olan ücretin gerçek olmadığı kanıtlanabilir. Ücret, mevcut delillerle şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi mümkün bulunmayan kimi durumlarda, davacının yaptığı iş, hizmet süresi ve diğer belirleyici özellikler belirtmek suretiyle ilgili meslek örgütlerinden sorulmak suretiyle de belirlenebilir. Ne var ki, meslek örgütlerince bildirilen ücret miktarları tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı nitelikte olmayıp, diğer bilgi ve belgelerle de desteklenmeleri gerekir...⁴⁴” demektedir.

Yargıtay diğer bir kararında, “...Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir...” demektedir ve imzalı ücret bordrolarında yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi var ise tanık deliline başvurulabileceğine vurgu yapmaktadır⁴⁵.

Bu kararlardan anlaşılacağı üzere, işçi, açtığı alacak davasında alacaklarının hesaplanması için tespit edilmesi gereken gerçek ücretini ispatlarken, hakim emsal ücret araştırması yapacak, dosyada imzalı ücret bordroları bulursa da şüphe halinde gerçeğe ulaşmaya çalışacak ve her türlü delili değerlendirecektir.

Öyleyse, yargı organı aynı hususta farklı sonuçlara varmıştır denilebilir. Yani işçi alacağı davasında gerçek ücretin tespitinde her türlü delile başvurulabilecekken hizmet tespit davasında prime esas kazançların tespiti için gerçek ücretin ispatında ancak yazılı delillere başvurulabilecektir.

bulunan bir kısım ücret bordrosunda davacının ücretinin 2.800,00 TL brüt olarak belirtilmiştir. Tanıklar ise işyerinde ücretin bir kısmının elden bir kısmının ise bankadan ödendiğini beyan etmişlerdir. Bu duruma göre taraflar arasında davacının aldığı ücret hususunun ihtilaflı olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Mahkemece usulüne uygun bir ücret araştırması yapılmadan davacının ücreti iddia ettiği miktara göre tespit edilmiştir. Bu durumda ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından ve meslek odası başkanlığından ve Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı internet sitesinde bulunan “Kazanç bilgisi sorgulama” ekranından davacının iş yerindeki kıdemi, meslek ünvanı, iş yerinde çalıştığı tarihler gibi bilgiler de bildirilerek emsal işçi ücretinin ne olabileceği araştırılmalı, **tüm deliller birlikte değerlendirilip ücret belirlenerek sonuca gidilmelidir.** Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup bozma nedenidir...” 9. HD, 21.10.2020 tarih, E. 2016/34783, K. 2020/12871 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

⁴⁴ YHGK, 28.06.2006 tarih, E.2006/9-479, K.2006/484 (www.legalbank.net).

⁴⁵ 9. HD, 10.2020 tarih, E. 2016/27597, K. 2020/11781 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

Konuya İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirmesi

Sigortalının çalıştığı süreleri yargı kararıyla tespit ettirmek maksadıyla açmış olduğu hizmet tespit davasında, prime esas kazançlarının da tespiti söz konusudur. Yargıtay içtihatları incelendiğinde Yargıtay'ın bu hususa ilişkin farklı sonuçlara vardığı ve farklı usul ilkelerinden yola çıktığı anlaşılmaktadır.

Bu kararlardan bazıları prime esas kazançların her türlü delille ispatlanabileceğine ilişkindir⁴⁶. Özellikle çok yeni tarihli (16.07.2020 tarihli ve E. 2016/2141, K.2020/585 K. Sayılı Kararı) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında şu hususlara değinilmiştir: **“...prime esas kazancın tespiti davaları her türlü delille ispatlanabileceğinden uyuşmazlığın çözümünde işyerinde tutulması gerekli dosyalar ile Kurumdaki belge ve kayıtlardan yararlanılmalı, ücret bordroları getirtilerek, müfettiş raporlarının olup olmadığı araştırılmalı, tespiti istenen dönemde işyerinin yönetici ve görevlileri ile işyerinde çalışan öteki kişiler ile komşu ve yakın işyerlerinde, tarafları ve işyerini bilen veya bilebilecek durumda olan kişiler de araştırılarak ücret konusunda beyanlarına başvurulmalı, beyanların inandırıcılığı üzerinde durulmalı ayrıca sigortalının yaptığı işin özellikleri, işyerindeki unvanı, meslekteki kıdemi, yapılan işin niteliği, işyerinin özellikleri, emsal işçilere o işyerinde veya başka işyerinde ödenen ücretler, örf ve adetler araştırılmalı, sigortalının yaptığı iş, yaşı ve kıdemi belirtmek suretiyle TÜİK ve ilgili meslek odaları ile sendika üyesi işçi olması hâlinde ise bağlı bulunduğu sendikadan emsal ücret araştırması yapılmalıdır. O hâlde senetle ispat kuralı gereğince araştırma yapılarak sonuca gidilmesi gerektiğine değinen Özel Daire bozma kararı; prime esas kazanç tutarının tespiti davalarının nevi itibarıyla resen araştırma ilkesine tabi olması gereğince yerinde değildir...”**

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun her türlü delille ispatlanabileceğine dair verdiği kararların gerekçesi ise şu şekilde ifade edilmiştir: Vazgeçilmez ve anayasal bir hak olan sosyal güvenlik hakkı bu niteliği itibarıyla kamu düzenindedir. Kamu düzeninden olma koşulu resen araştırma ilkesini ve sonuç olarak hâkimin delilleri serbestçe, kendiliğinden toplayarak sonuca gitmesini beraberinde getirir. Sigortalı kavramı, kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından sosyal güvence sistemine, adına prim ödenmesi gereken yahut kendi adına prim ödemesi gereken kişiyi ifade eder. Sigortalı olmak çalışma ve prim ödeme ilkesine bağlı olduğundan, “hizmet tespiti” ve “prime esas kazancın tespiti” davaları sosyal güvenlik hakkının özünü oluşturmaktadır. **Bu nedenle prime esas kazancın tespiti davaları kamu düzeninden olmaları nedeniyle özel bir titizlik ve duyarlılıkla yürütülmelidir.**

Kendiliğinden araştırma ilkesi; dava malzemesinin hazırlanmasında, tarafların yanı sıra hâkimin de görevli olması hâli olup, bu ilke kamu yararı gerekçesine dayanır ve taraflarca hazırlama ilkesinin istisnasıdır. Bu davalarda iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı uygulanmaz, hâkim kesin delillerle de bağlı değildir. Yargıtay doğru bir yaklaşımla prime esas kazanç tutarının tespiti

⁴⁶ Benzer kararlar için bkz. YHGK, 14.03.2019 tarih, E. 2015/10-2339, K. 2019/301; YHGK, E.2015/10-3252, K. 2019/345 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

davalarının resen araştırma ilkesine tabi olması nedeniyle senetle ispat zorunluluğunun aranmasının yerinde olmadığına karar vermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bazı kararları ise, prime esas kazançların sadece senetle ispatlanabileceğine ilişkindir⁴⁷. Özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun son kararlarından olan 17.06.2020 tarihli 2016/2688 E, 2020/425 K. sayılı kararında prime esas kazançların tespitinde HMK'nın 200. maddesinin uygulanması gerektiği belirtilmiş senetle ispat kuralına atıf yapılmıştır. Bu kararında; **“...davanın niteliği gereği hizmet tespiti davalarının aksine kendiliğinden araştırma ilkesinin söz konusu olmadığı prime esas ücretin ispatında 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 288. maddesinde (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 200) yazılı sınırları aşan, ücret alma iddialarının yazılı delille kanıtlanması zorunluluğu gereğince sonuca gidilmesi gerektiği...”** ifade edilmiştir. Dolayısıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu aynı konuda 1 ay ara ile farklı sonuçlara varmıştır.

Yargıtay'ın prime esas kazançların ispatında HMK'nın 200. maddesine yaptığı atıfla senetle ispat kuralının uygulanmasını kabul etmesi birkaç yönden eleştiriye açıktır. Şöyle ki;

1. Hizmet tespiti, prime esas kazancın tespiti ve buna bağlı olarak sigortalıya yaşlılık aylığı bağlanması vazgeçilmez bir sosyal güvenlik hakkıdır. Bu hak Yargıtay'ın da sıkça vurguladığı üzere kamu düzenindedir ve resen araştırma ilkesi bu davaya hakim ilkelere aittir. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim kesin delillerle bağlı değildir. O nedenle bu tür davalarda mahkemece re'sen araştırma yapılarak, hizmet ve prime esas kazanç tespiti yapılmalıdır.

2. 5510 sayılı Kanun'un 92. maddesinde *“sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir”* hükmüne yer verilmiştir. Yani sigortalı sosyal güvenlik hakkından vazgeçemeyeceğinden, açtığı davadan feragat da edemez. Feragatin, kabulün ve en önemlisi kesin delil niteliğinde olan ikrarın dikkate alınmadığı bu davada, diğer bir kesin delil olan senetle ispat ilkesinin aranması çelişki yaratmaktadır.

3. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ispata dair genel bir kural vardır. Bu kural; *“hukuki fiillerin her türlü delille ispatlanabilmesidir”*. Çalışma olgusu hukuki fiildir ve her türlü delille ispatlanabilir. Diğer bir deyişle, çalışma olgusu senede bağlanamayan bir hukuki fiildir. Çalışma olgusunun ispatını senede bağlamak 6100 sayılı HMK'nın 200. maddesine aykırıdır. Diğer taraftan işverence bordro düzenlenmeyen aylarda hizmet tespiti davası için her türlü delille ispat mümkünken sigortalının bordroyu imzalaması halinde bordronun kendisi aleyhine

⁴⁷ YHGK, 16.04.2019 tarih, E. 2015/10-511, K. 2019/455, YHGK, 21.05.2019 tarih, E. 2016/10-2554, K. 2019/582, YHGK, 07.05.2019 tarih, E. 2015/21-1572, K. 2019/520, YHGK, 07.05.2019 tarih, E. 2016/21-626, K. 2019/522, YHGK, 09.05.2019 tarih, E. 2015/10-3339, K. 2019/542 (www.karararama.yargitay.gov.tr).

delil olarak kullanılması ve aksinin ancak senetle ispatlanabilmesi şartının konulması eşitlik ilkesine aykırıdır. Zira bordro imzalamayan sigortalı her türlü delile başvurabilirken işverenin sunduğu ve tek taraflı düzenlediği bordroyu imzalayan sigortalının ispat hakkının sınırlandırılması eşitliğin ihlalidir.

4. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu prime esas kazançların ispatında yazılı delil ararken gerekçe olarak 6100 sayılı Kanun'un 200. maddesine atıf yapmıştır. 6100 sayılı HMK'nın 200. maddesine göre, *“Bir hakem doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve iffası amacıyla yapılan hukukî işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri belirli bir miktarın üzerinde ise senetle ispat olunması gerekir”*. Yukarıda da detaylı şekilde açıklandığı üzere, senet kavramı, belge kavramı ile özdeş değildir. Kanunun 200. maddesinde düzenlenen ve Yargıtay'ın da gerekçe olarak belirttiği kural “senetle ispat zorunluluğu” dur, “belge ile ispat zorunluluğu değildir”. Ayrıca Kanun'un 201. maddesindeki kural, “senede karşı senetle ispat zorunluluğudur”. Senede karşı belgeyle veya belgeye karşı senetle ispat zorunluluğu değildir. Yargıtay senet ve belge kavramları aynı şeyi ifade ediyormuşçasına prime esas kazançların tespitinde belirli miktarı aşan ücretlerin ispatında senetle ispat kuralına dayanmış ve senete karşı senetle ispat kuralının uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Oysa varılan bu sonuç, isabet taşımamaktadır. Zira ücret bordroları, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere senet niteliğinde değil, belge niteliğindedir.

5. Buna karşın, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu senetle ispat kuralı ile senede karşı senetle ispat kuralını uygularken imzalı ücret bordrolarının “senet” olmasından hareket etmiş görünmektedir. İşveren tarafından her ay ödenen ücretler için tanzim edilen ve ücretlerin dökümünü ayrıntılı olarak gösteren cetvellere ücret bordrosu denir. Bu hali ile ücret bordroları bir belgedir. Yukarıda da detaylı açıklandığı üzere hem 4857 sayılı İş Kanunundaki hem de Borçlar Kanunundaki ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunundaki hükümler değerlendirildiğinde ücret bordrolarının hukuki niteliğinin belge olduğu anlaşılacaktır. Bu nedenle, sigortalının prime esas kazançlarının tespitinde, mahkemece resen araştırma ilkesi uygulanmalı ve delil serbestisi kapsamında her türlü delil toplanmalıdır.

Sonuç

Sosyal güvenlik hakkı, sosyal devlet ilkesi gereğince, devletin insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlamasına ve bu yönde gerekli tedbirleri almasına ve teşkilatlar kurmasına yönelik talep hakkıdır. Bu haktan yararlanmak zorunludur, vazgeçilemez ve devlet bu hakkın yaşama geçirilmesinde baş sorumludur.

Devlet, bu güvenceyi prime dayalı katkılar üzerinden sağlanan kaynaklarla yerine getirmektedir. Sosyal güvenlik hakkının tesisinde finansal dengenin sağlanması için Sosyal Güvenlik Kurumu görevlendirilmiştir. Kurum, bu hakkın tesisi için sosyal güvenliğin temel ilkelerine uygun hareket edecek ve sigortalı lehine düşünecektir. Primli bir sosyal güvenlik sisteminde primleri tam ve eksiksiz ödenen

sigortalı ile ödenmeyen sigortalının eşit edimlerden yararlanması beklenemez gibi düşünülebilir. Oysa, özellikle 4/a'lı sigortalı çalışanlar için primlerin ödenmemesinden sorumlu olan sigortalı olmadığına göre, primleri ödenmeyen sigortalının da primleri ödenen sigortalı gibi sosyal sigorta edimlerinden yararlanması gerekmektedir. Yaşlılık aylığı gibi yardımlardan yararlanabilmesi elbette hizmetlerinin tespit edilmesine bağlıdır. Fakat prime esas kazanç, aylığın miktarını etkileyecektir. Bu nedenle de hizmetlerin tespitini ayrı, primlerin “ödenmiş” olmasını ayrı hususlar olarak değerlendirmek gerekmektedir. Kısacası, re'sen araştırma ve zorunluluk ilkeleri gibi sosyal güvenlik sistemine hakim olan temel ilkeler gereği sosyal güvenlik hakkının tam olarak yerine getirilmesinde sorumluluk sigortalıya yüklenmemelidir.

Hizmet tespit davaları, sosyal güvenlik hakkının yerine getirilmesinde önemli rol oynayan davalardandır. Zira işverence tam bildirilmeyen çalışma süreleri Kurumca re'sen tespit de edilememişse ancak bu dava ile sigortalı sosyal güvenlik hakkına ulaşabilecektir. Bu nedenle, bu dava özellikli bir dava olarak yargı kararlarına da geçmiştir. Şöyle ki, hizmet tespit davası kamu düzenini ilgilendiren ve belli usulî ilkelerin kabul edildiği bir davadır. Kamu düzenini ilgilendiriyor olması nedeniyle de geçmiş dönemde tam bildirilmeyen çalışma sürelerinin ispatında re'sen araştırma ilkesinin uygulanması sonucu doğmaktadır. Ayrıca çalışma olgusu maddi bir vaka olması nedeniyle sigortalı tarafından her türlü delille ispatlanabilecek ve mahkeme titiz ve özenli bir inceleme ile gerçek sonuca ulaşmaya çalışacaktır. Çünkü Kurumca tespit edilemeyen ve işverence bildirilmeyen çalışma süreleri nedeniyle sosyal güvenlik hakkına ulaşmanın tek yolu hizmet tespit davasıdır.

Hizmet tespit davasında sadece geçmiş dönem çalışmalarının tespiti talep edilmiş olsa da bu dava prime esas kazançların da tespitini gerektirmektedir. Yani prime esas kazançların tespiti hizmet tespit davasının doğal sonucudur. Çünkü bu davada belirlenen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınacak ve ilam işverenin Kuruma vermediği bildireler yerine geçecektir. Dolayısıyla sigortalıya ileride bağlanacak olan yaşlılık aylığının miktarı bu ilama bağlı olacaktır. Bu nedenle hizmet tespit davasında çalışma sürelerinin tespiti kadar prime esas kazançların da tespiti oldukça önemlidir.

Prime esas kazançların tespitinde esas husus bu kazançların hesaplanmasında dikkate alınacak “gerçek ücretin “tespitidir. Yargı kararları incelendiğinde gerçek ücretin tespiti ve ispatında farklı bir usul benimsendiği anlaşılmaktadır. Yargıtay'a göre, prime esas kazançların tespitinde gerçek ücret belirlenirken Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200. maddesi uygulanacak yani senetle ispat kuralına başvurulacaktır. Ancak Yargıtay “senetle ispat kuralına” atuf yapmasına rağmen “yazılı delille” ispatın aranması gerektiğinden bahsetmektedir. Oysaki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda geçen senet ve Yargıtay'ın kastettiği “belge” kavramları farklı kavramlardır. Gerçek ücretin ispatında sigortalının imzalı ücret bordrolarını senet kabul eden ve 200. maddenin uygulanması gerektiğini belirten Yargıtay, bordronun karşısına ancak başka bir yazılı delil sunulabileceğinden bahsetmektedir.

Kısacası Yargıtay “senet” ve “belge” kavramlarında kavram kargaşası yaşamaktadır.

Gerçek ücretin ispatında yazılı delil aranması işveren karşısında zaten güçsüz konumda olan sigortalıyı daha da güçsüz hale getirmektedir. Ayrıca bu şart, silahların eşitsizliğine sebep olduğu gibi gerçeğe ulaşmaya da engel olmaktadır. Çünkü ispat hukukunda tarafların silahı onların sahip oldukları “delilleridir”. Bu nedenle, davanın taraflarının birinin silâhı diğerinden üstün olur ise bu eşitsizlik ispat hakkının ihlaline de sebep olacaktır.

Sonuç olarak, temel bir insan hakkı olarak anayasada düzenlenen sosyal güvenlik hakkına eksiksiz ulaşmada baş sorumlu Kurum olmakla birlikte, hizmet tespit davası, Kurumun re’sen tespitlerinin yetersiz kaldığı durumlarda önemli bir rol üstlenmektedir. Bu nedenle, bu davadaki usulî ilkelerin doğru uygulanması ve sigortalının prime esas kazançlarının doğru tespiti yargı organına düşen çok önemli bir görevdir. Zira sosyal güvenlik hakkının sağlanmasında gerekli tedbirleri almak Devletin temel görevidir.

KAYNAKÇA:

- ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/AYVAZ TAŞPINAR Sema: Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2017.
- ATA SARIGÜL, Bersun: “Belge ve Belgenin Delil Değeri”, Ankara Barosu Dergisi, 2020/1, s.1-40.
- AYDIN, Ufuk: “Sosyal Sigortalarn Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015 Kitabı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, 25-26 Kasım 2016, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 557-868 (Değerlendirme 2015),
- ÇENBERCİ, Mustafa: Sosyal Sigortalar Kanununun Şerhi, 1985.
- ÇİFTÇİ TÜRKEL, Pınar: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırları, yayınlanmış doktora tezi, 2016, İzmir.
- ERBAŞ, Coşkun: “Hizmet Akdiyle Çalışanların Sosyal Sigortalar Kurumuna Bildirilmeyen Sürelerine İlişkin Tespit Davaları ve Yargılama Süreci”, Kamu-İş, Cilt: 7, Sayı: 3, 2004.
- ERTÜRK, Şükran: “Sosyal Sigortalarn Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016 Kitabı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, 01, 02/12/2017, s. 745-1027, (Değerlendirme 2016).
- GÜZEL Ali, GÜZEL/ OKUR, Ali Rıza OKUR/ CANIKLIOĞLU, Nurşen CANIKLIOĞLU: Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Bası, Şubat 2020.
- KALE, Serdar/KESER, Salih: “Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi”, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, İstanbul, 2015, s.701-725.
- KONURALP, Haluk: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009.
- KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 2017.
- NART, Serdar; Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, s.207-232.
- ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.
- ÖZMUMCU, Seda: “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, 2016, s .145-171.
- ÖZVERİ, Murat: “Yargı Kararları ve Sigortalı Hizmetlerin Tespiti”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/1, s.223-256.
- ÖZVERİ, Murat: Yargı Kararları Işığında 506 Sayılı Yasa ve Sosyal Güvenlik, İzmit 2000.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2019.
- TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2019.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, Beşinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1990.