

HİZMET TESPİT DAVASININ SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNA İHBARI

*Doç. Dr. Murat ATALI**

GİRİŞ

6552 sayılı Kanunun¹ 64 üncü maddesinin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesinde yaptığı değişikliklerden birisi de, bu maddeye ilave edilen son (dördüncü) fıkra hükmüdür. Söz konusu fıkra hükmü şöyledir: “*Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dahi kanun yoluna başvurabilir. Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür.*”². Bu ilavenin yapılmasına ilişkin (64 üncü) maddenin³ gerekçesi ise şöyledir: “... *Diğer taraftan hizmet akti nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile sigortalılar tarafından işveren aleyhine açılan davalarda dava Sosyal Güvenlik Kurumuna re’sen ihbar edilerek Kurumun bu davalarda artık taraf olmaktan çıkarılması, ihbar üzerine davaya davalı yanında fer’i müdahil olarak katılması, davalı taraf başvurmasa dahi kanun yollarına başvurabilmesi, yargılama sonucu*

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 10.09.2014, Resmi Gazete, T. 11.09.2014, S. 29116 (Mükerrer).

² Tasarıda yer alan geçici madde önerisiyle, bu fıkra hükmünün halen görülmekte olan davalarda da uygulanacağına dair düzenleme (Tasarı, m. 55), Kanun’a alınmamıştır.

³ Tasarıda 54 üncü madde.

verilen kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlü kılınması hedeflenmiştir. / Kurum bu davada taraf olmayıp fer'i müdahil olacağı için dava sonucu verilen kararda Kurum aleyhine yargılama giderlerine hükmolunamayacağı gibi, Kurum lehine de yargılama giderlerine hükmolunamayacaktır.”⁴.

Bu düzenlemeyle birlikte, Türk medenî usul hukukunun birbiriyle yakından bağlantılı iki müessesesi olan “davanın ihbarı” (HMK. m. 61-64) ve “fer'i müdahale” (HMK. m. 66-69, 328), uygulamada iş hukuku ile ilgili sıkça karşılaşılan bir dava türü olan ve yerleşmiş adıyla “hizmet tespit davası” olarak anılan dava bağlamında özel bir görünüme kavuşturulmuş bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemenin, ilgili iki müesseseye, hizmet tespit davası bağlamında kazandırdığı bu yeni görünüm karşısında, konunun teorik ve pratik açıdan değerlendirilmesinin uygun olacağı kanısındayım. Öte yandan, böyle bir incelemenin, fer'i müdahaleyi doçentlik tezi olarak yazmış ve yayınlamış⁵ olan saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Hakan Pekcanitez için çıkarılacak olan bir armağanda, kendisi de davanın ihbarı konusunu doçentlik tezi olarak işlemiş⁶ birisinin yazısı olarak yer almasının anlamlı olduğunu düşünmekteyim.

Hizmet Tespit Davasının Konusu

Hizmet tespit davasının pozitif hukuktaki yasal dayanağını 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun⁷ 86 ncı maddesinin 9 uncu fıkrası oluşturmaktadır. Ancak, bu düzenlemeden önce de, hizmet tespit davalarının, genel olarak tespit davalarının bir görünüm biçimi olmak üzere, caiz olduğu hususunda öğreti ve uygulamada herhangi bir tereddüt bulunmamaktaydı⁸. 5510 sayılı Kanunun 86 ncı maddesinin 9 uncu fıkrası

⁴ <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0931.pdf>

⁵ **Pekcanitez**, Hakan; Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992.

⁶ **Atalı**, Murat; Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007.

⁷ RG. 16.06.2006, S. 26200.

⁸ Münferit hukuki konulara ilişkin özel düzenlemeler bir tarafa bırakılacak olursa, Türk hukukunda, tespit davaları hakkında genel bir hüküm bulunmamaktaydı. Konuyu ilk defa Hukuk Muhakemeleri Kanunu (yürürlük tarihi 01.10.2011), buna dair genel bir norm (m. 106) sevk etmek suretiyle, düzenlemiştir. Bununla birlikte, söz konusu bu

şöyledir: “Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.” Bu madde doğrultusunda, hizmet tespit davasıyla, mahkemen, davacı işçi ile işveren arasında, hizmet sözleşmesine dayalı olarak, belli tarihler arasında ve belirli bir ücret karşılığında bir iş ilişkisinin mevcut olduğunun tespiti istenir⁹. Mahkemen istenen hukuki himayenin türü itibariyle, bu davanın bir tespit davası olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır¹⁰. Bununla birlikte uygulamada çoğunlukla, hizmet tespitine yönelik taleple birlikte, işçinin söz konusu iş ilişkisi çerçevesinde işverene karşı ileri sürebileceği alacakları da¹¹ aynı davada ileri sürülmektedir¹². Söz konusu bu alacaklara ilişkin talebin bir eda davası niteliği taşıdığı ve bunların da aynı davada ileri sürülmesi halinde ortaya çıkan durumun, medenî usul hukuku bakımından objektif dava birleşmesi olduğu açıktır. Her ne kadar, Yargıtay bazı kararlarında aksine bir görüşü benimsemiş ise de, öğretide hizmet tespitine yönelik talep ile işçi alacaklarına ilişkin talebin

düzenlemeden önce de, öğreti ve uygulama, tespit davalarının caiz olduğunu genel olarak kabul etmekteydi; bu konuda bkz. ezcümle **Kuru**, Baki; Tesbit Davaları, Ankara 1963, s. 12 vd.; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde hizmet tespit davaları hakkında bkz. **Duman**, Barış; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Hizmetlerin Tespiti, Ankara 2002, s. 52 vd.

⁹ 5510 sayılı Kanununun 86 ncı maddesi esas itibariyle, prim belgeleri ve işyeri kayıtlarının Sosyal Güvenlik Kurumu’na bildirimini konu almaktadır. Bu yönüyle madde, işveren ile Kurum arasındaki münasebetin düzenlenmesine, diğer bir ifadeyle, işverenin Kurum’a karşı olan yükümlülüklerinden birinin belirlenmesine ilişkin olup doğrudan doğruya işçi ile işveren arasındaki ilişkiyi konu almamaktadır.

¹⁰ Ezcümle **Kuru**, Baki/**Budak**, Ali Cem; Tespit Davaları, B. 2, İstanbul 2010, s. 242-243.

¹¹ Ödenmemiş olan ücret, fazla çalışma, hafta tatili, yıllık ücretli izin, ihbar ve kıdem tazminatları vs.

¹² Hizmet tespit davasının konusu olmaları itibariyle fiili hizmet ilişkisinin tespiti ile iş ilişkisine dayalı alacakları hakkında bkz. **Saraç**, Coşkun; Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara 2010, s. 465 vd.; **Bulut**, Mehmet; Türk Hukuk Sisteminde Hizmet Sözleşmesi Gereği Açılan Hizmet Tespit Davaları, TBB Dergisi, 2011/97, s. 94 vd.

aynı davada ileri sürülebileceği haklı olarak savunulmaktadır¹³. Her halükârda, hizmetin tespitine yönelik talep ile işçi alacaklarına yönelik talepler arasında tam ve doğrudan doğruya bir bağlantı bulunmakla birlikte, bunların ayrı ayrı davaların konusunu oluşturabilecekleri söylenebilir. Ne var ki, işçi alacaklarına ilişkin taleplerin tek başına (ayrı bir eda davası) şeklinde ileri sürülmüş olması durumunda, mahkemenin söz konusu taleplere ilişkin olarak esas bakımından (maddî hukuk açısından) karar verebilmesi için, öncelikle, işçi ile işveren arasında bir iş ilişkisinin mevcut olduğunu tespit etmesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla, hizmet ilişkisinin mevcudiyetinin tespiti, eda davasının konusunu oluşturan talepler bakımından zorunludur. Hatta, bu ihtimalde bir an için, hukukî yarar koşulu bağlamında, eda davası açılmak gerekirken tespit davası açılmayacağına ilişkin ilke¹⁴ dikkate alınarak, aslında hizmet tespitine ilişkin talebin ayrı ve bağımsız bir davanın (tespit davasının) konusu yapılamayacağı düşünülebilirse bile, 5510 sayılı Kanununun 86 ncı maddesinin 9 uncu fıkrasındaki açık düzenleme karşısında, bu hususta (söz konusu hizmet tespit davasının tek başına açılabilmesi hususunda) artık tereddüde mahal yoktur¹⁵.

Hizmet İlişkisine Bağlanan Zorunlu Sosyal Sigortalılık

5510 sayılı Kanununun 92 nci maddesinin birinci fıkrası şöyledir: “*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.*” Bu düzenlemeden hareketle, sosyal sigorta ilişkisinin zorunluluğundan söz edilebilir. Nitekim, maddenin başlığı da “*Sigortalılığın zorunlu oluşu, sona ermesi ve sosyal güvenlik sicil numarası*” şeklindedir. Bununla birlikte, sosyal sigortanın

¹³ **Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespit ve İşçilik Haklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması, Legal İSGHD, 2004/4, s. 1389 vd.; aynı istikamette **Bilgili**, Abbas; Hizmet Tespiti Davaları, Adana 2011, s. 19.

¹⁴ Tespit davaları bakımından hukuki yarar koşulu (HMK.m.106,II) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru/Budak**, s. 87 vd.

¹⁵ Bu mahiyetteki tartışmalar için bkz. **Özekes**, s. 1389 vd.

zorunlu, isteğe bağlı, şekli, fiili ve geçersiz sigorta olmak üzere, başlıca beş türünün bulunduğu¹⁶ dikkate alındığında, söz konusu zorunluluğun herkes için (ve aynı kapsamda) olmadığı söylenebilir. Ancak, inceleme konumuz bakımından söylemek gerekirse, hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar¹⁷ (sigortalı sayılmayanlar [5510 sayılı Kanun, m. 6] arasında bulunmamak kaydıyla), bütün sigorta kolları bakımından ve kendiliğinden sigortalı sayılırlar; diğer bir ifadeyle, (5510 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi kapsamına girmedikleri sürece)bu kimseler için sosyal sigortalılık bütün sigorta kolları bakımından zorunludur. Bu noktada önemle üzerinde durulması gereken husus, “hizmet ilişkisi” ile birlikte, ona bağlı olarak (ve kendiliğinden) ama ondan ayrı bir başka hukuki ilişkinin doğmasıdır. Doğan bu ilişki “sosyal sigorta ilişkisi”dir. Bu ilişkilerden ikincisi birincisinin varlığına bağlı olarak (zorunlu ve kendiliğinden) ortaya çıkmakla birlikte, muhtevası, mahiyeti ve tarafları itibariyle ondan farklıdır. Şöyle ki, hizmet ilişkisinin bir özel hukuk ilişkisi olmasına karşılık, sosyal sigorta ilişkisi bir kamu hukuku ilişkisidir; hizmet akdinden taraflara terettüp eden hak ve borçlar (yükümlülükler) İş Kanunu¹⁸ (m. 5 vd.) ve Türk Borçlar Kanunu (m. 393 vd.) ile belirlenmişken, sosyal sigorta ilişkisinin taraflara getirdiği hak ve borçlar kural olarak 5510 sayılı Kanun tarafından düzenlenmiştir¹⁹. Nihayet, hizmet ilişkisinin taraflarının işçi ve işveren olmasına karşılık, sosyal sigorta ilişkisinin tarafları işveren, asıl sigortalı, bağlı sigortalı, Sosyal Güvenlik Kurumu ve sigortalının işlem muhatapları ile -vakıa genel sağlık sigortası bakımından- sağlık kuruluşları ve eczanelerdir²⁰.

Öte yandan, hizmet ilişkisinin kurulması ile sosyal sigorta ilişkisinin doğması birbiriyle bağlantılı olmakla birlikte aynı anda gerçekleşen olgular değildir. Nitekim, bir sözleşme ilişkisi olması itibariyle ve Türk Borçlar Kanununun 1 inci maddesi gereğince, hizmet akdi, karşılıklı ve birbirine

¹⁶ Ezcümle **Sözer**, Ali Nazım; Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013, s. 11.

¹⁷ 5510 sayılı Kanun, m. 4/I-a.

¹⁸ 4857 sayılı Kanun, RG., T. 10.06.2003, S. 25134.

¹⁹ İş hukuku ile sosyal güvenlik hukuku arasındaki ilişki hakkında bkz. **Tuncay**, Can/**Ekmekçi**, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2013, s. 93-94; yazarlar iki hukuk dalı arasındaki ilişkiyi bir madalyonun iki yüzü olarak tasvir etmektedir.

²⁰ **Sözer**, s. 27 vd.

uygun irade beyanlarının açıklanmasıyla kurulur²¹. Buna karşılık, sosyal sigortalılığın (vakıa kendiliğinden ve zorunlu olarak) başlangıcı ise, (işçilerde) çalışma eylemine bağlı olup, sosyal sigorta ilişkisi hizmet (iş) sözleşmesinin akdedildiği tarihte değil, işçinin fiilen çalışmaya başladığı tarihte doğmaktadır²².

Sosyal Sigorta İlişkisinin Hukuki Niteliği

12 Ağustos 1941 tarihli Atlantik Paketi'nden itibaren, 10 Mayıs 1944 tarihli Filadelfiya Bildirisi, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, 35. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 102 sayılı Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu ve Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi ile Avrupa Birliği Temel Haklar şartı gibi pek çok uluslararası belgede yer alan sosyal güvenlik hakkının bir parçası sayılan sosyal sigorta ilişkisi, bu çerçevede olmak üzere²³, Türkiye Cumhuriyeti'nin 1982 tarihli Anayasasında açıkça yer bulmuştur²⁴. Anayasanın "Temel Hak ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde yer alan 77 nci madde şöyledir: "*Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.*" Anayasanın bu kuralının bir gereği ve 2 nci maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir yansıması olmak üzere, sosyal sigorta ilişkisi, genel olarak "sosyal güvenlik" kapsamındaki bir müessese olmakla birlikte; özellikle yaşlılar, zayıflar, düşkünler ve kimsesizler ile çocukların korunmasına yönelik diğer sosyal güvenlik tedbir ve uygulamalarından sadece birisidir. Anayasanın tanıdığı sosyal güvenlik hakkının tanınması ve gerçekleştirilmesi sadedindeki tedbir, müessese ve uygulamaları, bunlardan birinin

²¹ Ezcümle **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014, s. 227 vd.

²² **Sözer**, s. 46-47; ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Aydın**, Ufuk; Sosyal Sigortalarda Sigortalılık Niteliğinin Kazanılması ve Yitirilmesi, TÜHİS 2/2000, s. 32 vd.

²³ Sosyal sigorta, sosyal güvenliğin en önemli araçlarından biri olarak görülmektedir, bkz. ezcümle **Uşan**, Fatih; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Bası, Ankara 2009.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Güzel**, Ali/**Okur**, Ali Rıza/**Caniklioğlu**, Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 40 vd.; **Tuncay/Ekmekçi**, s. 52 vd.

uygulanırlık koşullarına²⁵ indirmek yahut sosyal güvenliğin bizatihi ve tek başına kendisi saymak doğru değildir. Nitekim, öğretilerde haklı olarak, sosyal sigorta ilişkisinin, içine sigortalı, sigortalının aile bireyleri, işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumunun da dâhil olduğu bir “kamu hukuku borç ilişkisi” niteliği taşıdığı belirtilmektedir²⁶. Buna göre, sosyal sigorta ilişkisi, özel sigortalarda olduğu gibi, sigorta garantisi ile primler arasındaki karşılıklılık esasına dayanan, sigortalı ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında sinallagmatik bir hukuki ilişkidir. Ancak, sosyal sigorta ilişkisinin kamu hukuku karakteri taşıması sebebiyle, garanti altına alınan her sosyal riskin gerçekleşmesinden önce priminin ödenmiş olmasının şart bulunmayışı yönüyle, sosyal sigortalılar özel sigortalardan farklılaşır²⁷.

Sosyal sigorta ilişkisinin bu özelliği sebebiyledir ki, onu, kendisi vesilesiyle kurulmuş olsa bile, iş ilişkisinin niteliği ve tarafları ile onlara getirdiği hak ve borçlarla eş tutmak yahut onlar çerçevesinde izah etmeye kalkmak doğru olmaz. Bunun yerine, sosyal sigorta ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkan hukuki sorunların çözümünde, bunlar ister maddî hukuka isterse usul hukukuna ilişkin olsunlar, sosyal sigorta ilişkisinin hukuki niteliği ile onun tarafları ve onlara tanıdığı haklar ve yüklediği borçlardan hareket etmek gerekir. Buna karşılık, sosyal güvenlik hakkının bir temel hak oluşundan hareket edilmek suretiyle ulaşılan sonuçlar tutarlılıktan uzak olduğu gibi meseleyi izahta da çoğu zaman aciz kalmaktadır. Nitekim, hizmet tespit davasından davacı işçinin feragat edemeyeceğine ve davalı işverenin de davayı kabul ile sonuçlandırmayacağına ilişkin yerleşik Yargıtay görüşünün²⁸ temel dayanağı, bu davanın sosyal sigorta boyutunun da bulunması, sosyal sigortanın ise Anayasa tarafından teminat altına alınan ve vazgeçilmez nitelikte bir temel insan hakkı olan sosyal güvenlik hakkını ilişkin bulunmasıdır. Oysa,

²⁵ Örneğin, sosyal sigorta ilişkisi bakımından hizmet sözleşmesine dayalı olarak fiilen çalışmaya başlama (yahut diğer sebepler).

²⁶ **Tuncay/Ekmekçi**, s. 132.

²⁷ **Tuncay/Ekmekçi**, s. 132-133.

²⁸ Feragat ve kabul açısından örneğin HGK., Tarih: 21.12.2005, 2005/10-694 E., 2005/761 K.; HGK., Tarih: 11.02.2004, 2004/21-54 E., 2004/54 K.; HGK., Tarih: 28.05.2003, 2003/21-362 E., 2003/360 K.; HGK., Tarih: 15.10.2003, 2003/21-571 E., 2003/575 K.; HGK., Tarih: 14.04.2004, 2004/21-226 E., 2004/223 K.

bu noktadan hareketle, bir hakkın anayasal nitelikte bir temel hak (yahut insan hakkı) oluşundan yola çıkarak, böyle bir hakkın konusunu oluşturan davadan feragat edilemeyeceği yahut buna ilişkin davanın kabul yahut sulh ile sonuçlanamayacağı şeklinde bir görüş, bugüne kadar medenî usul hukuku öğretisinde (tespit edebildiğimiz kadarıyla) hiç savunulmamıştır. Hatta kural olarak feragat edilemeyecek hiçbir davanın bulunmaması, buna karşılık kabul ve sulhun ise ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda mümkün olması genel olarak benimsenen bir prensiptir (karş. HMK. m. 307; m. 308, II; m. 313, II)²⁹. Nitekim Yargıtay da, hizmet tespit davasında özellikle feragat ve kabul ile sulh bakımından takındığı katı tavrı, bu davanın takipsiz bırakılması ve böylece açılmamış sayılması yahut geri alınmasında göstermemektedir³⁰. İleride açıp açmayacağı belli olmadığına ve hatta hizmet tespiti davası da kural olarak beş yıllık (5510 sayılı Kanun, m. 86, IX) hak düşürücü süreye³¹ bağlandığına göre, geri alınıp yahut takip edilmeyip de sonra beş yıllık süre içinde açılmadığında hakkın düşmesinin pratik olarak davadan feragatle aynı sonuca geleceği açıktır. Kanımızca, kafa karışıklığı, hizmet ilişkisinin niteliği, tarafları ve konusuyla, ona bağlı olarak (zorunlu ve kendiliğinden) ortaya çıkan sosyal sigorta ilişkisinin niteliği, tarafları ve konusunun birbiriyle karıştırılmasından kaynaklanmaktadır.

²⁹ Davadan feragat, davanın kabulü ve sulh konularında ayrıntılı bilgi için bkz. **Önen**, Ergun; Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 1 vd.; **Tanriver**, Süha; İlâmlı İcra takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 84 vd.; **Ermenek**, İbrahim; Medenî Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009, s. 1 vd.; **Akyol Aslan**, Leyla; Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011, s. 53 vd.

³⁰ Bu yönde gerek münferit dairelerin ve gerekse HGK'nun sayısız kararı mevcuttur; bu kararları burada sıralamayı gereksiz görmekteyiz; örnek olarak HGK'nun, Esas: 2012/21-1698, Karar: 2013/779, Tarih: 29.05.2013 kararına ve 10. HD'nin Esas: 2013/11506, Karar: 2013/13291, Tarih: 12.06.2013 kararlarına bakılabilir.

³¹ Kanunun öngördüğü dava açma süresinin hak düşürücü süre mi yoksa zamaşımı süresi mi olduğu konusunda öğretilerde görüş birliği bulunmamaktadır; farklı istikametteki görüşleri benimseyen yazarlar hakkında bkz. **Saraç**, s. 466, dn. 55. Bununla birlikte, Yargıtay'ın bu süreyi hak düşürücü nitelikte kabul ettiği anlaşılmaktadır; örneğin 10. HD., Esas: 2012/13941, Karar: 2012/13398, Tarih: 04.07.2012; başkaca emsal kararlar için bkz. **Saraç**, s. 466, dn. 55.

Hizmet Tespit Davasının Tarafları

Hizmet tespit davasının yasal dayanağı olarak alınan düzenleme, yukarıda da belirtildiği üzere, 5510 sayılı Kanunun 86 ncı maddesinin 9 uncu fıkrasıdır. Söz konusu maddenin başlığı “*Prim belgeleri ve işyeri kayıtları*” olup, işveren ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Daha doğrusu, işverenin Kuruma yönelik yükümlülüklerinden bir kısmını düzenlemektedir. Ancak, bahsi geçen 9 uncu fıkrada “*sigortalılar*”ın, diğer bir ifadeyle *işçilerin*, “iş mahkemesine başvurarak” “*aylık kazanç toplamaları ile prim ödeme gün sayıları*”nı tespit ettirebileceklerinden söz edilmektedir. Bundan çıkan sonuç, bu davayı açacak olan kişi işçidir. Bu maddeden, davanın işveren aleyhine açılacağı açıkça anlaşılmasına rağmen, uygulamada söz konusu dava hep işverene karşı açılmıştır. Kanun koyucu da bunu dikkate almış olmalı ki, 6552 sayılı Kanunun 64 üncü maddesiyle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesinde değişiklik yaparken, “*Hizmet akdine tabi çalışmalarını nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda*” ibaresini özellikle seçmiştir. Bu yasal düzenlemelerin isabetli olup olmadığına ilişkin tartışmalar bir tarafa bırakılarak, mevcut pozitif kurallar karşısında, hizmet tespit davasının davacısının işçi, davalısının ise işveren olduğu açıktır³².

Tespiti istenen olgunun fiili çalışma ilişkisi ve bunun iş ilişkisi (hizmet akdi) çerçevesinde taraflarının kural olarak işçi ve işveren olduğu dikkate alındığında, işaret edilen yasal düzenlemelerden çıkan sonuç itibarıyla, hizmet tespit davasının davacısının işçi, davalısının ise işveren olmasında yadırganacak bir durum söz konusu değildir. Ancak, bu davaya bağlı olarak, sosyal sigorta ilişkisi bakımından da yansımalar (sonuçlar) ortaya çıkması söz konusu olduğunda, durum değişmektedir. Zira, özel hukuk karakterli ve hizmet akdine dayalı iş ilişkisinin taraflarının işçi ve işveren olmasına karşılık, yukarıda da ele alındığı üzere, sosyal sigorta ilişkisi bir “kamu hukuku borç ilişkisi” olup, tarafları da kural olarak sigortalı (işçi), (duruma göre) sigortalının aile bireyleri, işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumudur.

³² Vakıa 6552 sayılı Kanunun 64 üncü maddesiyle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesinde değişiklik yapılmadan önceki hukuki durum gözetilerek, hizmet tespit davasının tarafları hakkında yaptığı aynı istikametteki değerlendirmeleri için bkz. **Saraç**, s. 459 vd.

İşçinin işveren nezdindeki fiili çalışması tespit edilince buna bağlı olarak (ve bunun doğal sonucu olarak işçinin işvereninden talep edebileceği işçi alacakları yanında), işverenin ayrıca Kuruma ödemesi gereken primler (hatta yapmadığı bildirimler nedeniyle söz konusu olan yaptırımlar) de gündeme gelmektedir. Oysa Kurum bu davada taraf olmadığı halde onun lehine (belki sonucu itibariyle işçi/sigortalı lehine ama en azından Kurumun işverene karşı doğrudan doğruya ileri sürebileceği) bir talep hakkı da ortaya çıkmaktadır. Keza, davanın esastan reddedilmesi halinde de, Kurum, tarafı olmadığı bu dava sonunda verilen hükümden etkilenmekte; işverene karşı prim alacağını ileri sürebilmesinin temel koşulu olan fiili çalışmanın mevcut olmadığına ilişkin bir karar onun hakkında da bağlayıcı sayılmaktadır.

Bu karmaşık ve usul hukuku (özellikle kesin hüküm müessesesi) bakımından izahı mümkün olmayan durumu -bir ölçüde de olsa- kendi ölçüleri içinde ve uygulaması çerçevesinde kabul edilebilir sınırlara çekmek isteyen Yargıtay, 6552 sayılı Kanunun 64 üncü maddesinin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesini değiştirmeden önce, hizmet tespit davasının Kuruma da re'sen ihbarını fiili zorunluluk haline getirmişti. Oysa ki, ihbara bağlı olarak Kurum, hizmet tespit davasına ancak fer'i müdahil olarak katılabilir, ancak, taraf olamaz. Dolayısıyla, taraf sıfatıyla usul işlemi yapmak suretiyle davanın seyir ve akıbetine bir süje olarak etki edebilmesi ve neticede verilen hükmün onun açısından da kesin hüküm oluşturmasının koşulu yine de gerçekleşmez. 6552 sayılı Kanunla gelen değişikliğin, bu fiili uygulamayı yasal zemine dayandırma amacı taşıdığı anlaşılmaktadır.

6552 Sayılı Kanunun 64 üncü Maddesinin 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci Maddesinde Yaptığı Değişiklik (Hizmet Tespit Davasının Kuruma Re'sen İhbarı)

6552 sayılı Kanunun 64 üncü maddesinin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesinde yaptığı değişikliklerden konumuzu ilgilendireni, maddeye ilave edilen son (dördüncü) fıkra hükmüdür. Bu fıkra hükmü şöyledir: “*Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında fer'i müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmaya dahi kanun yoluna*

başvurabilir. Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür.”

Bu düzenlemeyle birlikte, medenî usul hukukunun birbiriye yakından ilgili iki kurumu olan davanın ihbarı ve davaya fer’i müdahale, yeni bir uygulama yeri ile genel işlev ve niteliğinden farklı bir boyut kazanmış olmaktadır. Vakıa, ihbarın re’sen yapılacak olması, ihbarın işlev ve sonuçları bakımından bir farklılık yaratmamaktadır³³.

Düzenlemenin değerlendirmesine geçmeden önce Türk medenî usul hukukunda davanın ihbarının ve davaya fer’i müdahalenin amaç, işlev ve sonuçlarından çok kısaca bahsetmek uygun olacaktır.

Tarafı olduğu bir davayı kaybetmesi durumunda üçüncü kişiye rücu edebilecek durumda olan yahut üçüncü kişinin kendisine yönelik bir tazminat talebine muhatap olmaktan endişe eden taraf, davayı, söz konusu üçüncü kişiye ihbar edebilir. Bu husus, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 61 inci maddesinde açıkça düzenlenmiştir³⁴. Davanın ihbarıyla, davaya fer’i müdahale arasında yakın bir ilişki mevcuttur. Zira, dava kendisine ihbar edilen (üçüncü) kişi, kendisinin hukukî yararını gözeterek, mevcut taraflardan hangisinin davayı kazanmasını lehine görürse, onun yanında davaya fer’i müdahil sıfatıyla davaya katılabilir (HMK. m. 63). Ancak, belirtmek gerekir ki, davaya fer’i müdahil sıfatıyla katılabilmek için ihbarın gerekli olmaması;

³³ Davanın re’sen ihbarının bir örneği HMK. m. 48, II’de, hâkimin hukuki sorumluluğunu gerektiren sebeplerden birisine dayanarak Devlet aleyhine açılan tazminat davasının, daha sonra kendisine rücu edilmesi söz konusu olan hâkime ihbarında mevcuttur. Fakat belirtmek gerekir ki, HMK. m. 48, II düzenlemesi, hem davanın ihbarı hem de fer’i müdahale müesseselerinin Türk medeni usul hukukundaki amaç ve işlevi ile tam bir uyum içindedir.

³⁴ Vakıa, HMK. m. 61’deki düzenleme biraz yanıltıcıdır. Zira, söz konusu maddenin birinci fıkrasının metni şöyledir: “*Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanuncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir.*” Oysa, taraflardan birinin bir davayı kaybetmesi durumunda onun bir başkasına rücu etmesi mümkün bulunmakla birlikte (örneğin, müteselsil sorumlulukta yahut ayıba karşı tekeffül ilişkisinde olduğu gibi), davayı kaybeden kişiye bir üçüncü kişinin rücu etmesi değil, olsa olsa ona karşı bir tazminat davası açması düşünülebilir; bkz. **Atalı**, s. 195 vd.; medenî usul hukuku açısından rücu davaları hakkında bkz. **Karşlı**, Abdurrahim; Usul Hukuku Açısından Rücu Davaları, İstanbul 1994, s. 51 vd.

keza, ihbara rağmen üçüncü kişinin davada fer'i müdahil sıfatıyla yer almaya zorlanamaması, bu iki kurumun birbirini bütünleyen yahut tamamlayan bir nitelikte olmadığını ortaya koymaktadır. Öte yandan, davanın ihbarında, ihbar eden taraf, esas itibariyle, bu davanın sonucuna bağlı olarak ileride açılması muhtemel rücu yahut tazminat davasını hesaba katarak, doğrudan doğruya kendisinin hukuki durumunu güçlendirmek ister. Buna karşılık, ihbar üzerine veya kendiliğinden olsun, üçüncü kişiyi fer'i müdahil sıfatıyla davaya katılmaya yönelten neden ise daha çok kendi hukuki durumuyla ilgilidir³⁵. Her iki kurum arasındaki en önemli ortak nokta ise, ihbar üzerine doğan "ihbar etkisi" ile davaya fer'i müdahil sıfatıyla katılma sonucu ortaya çıkan "müdahale etkisi"nin nitelik ve kapsam itibariyle birbirine paralel olmasıdır³⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 61 inci maddesinin birinci fıkrası anlamındaki bir hukuki ilişki, ihbar edilen davanın sonucuna bağlı olarak, ihbar eden tarafın davayı kaybetmesi durumunda üçüncü kişiye rücu etmesine yahut üçüncü kişinin kendisine karşı bir tazminat talebi yöneltebilmesine imkân veren bir hukuki ilişkidir ve maddî hukuka göre belirlenir. Bu belirlemenin yapılmasında esas alınması gereken ölçüt, ihbar edilen davanın sonucuna bağlı olarak bir rücu yahut tazminat talebinin söz konusu olup olmadığıdır. Bununla birlikte, böyle bir rücu yahut tazminat talebine yer olmayan "alternatif sorumluluk" ve "alternatif alacaklılık" ilişkilerinde de davanın ihbarı kabul edilmelidir. Zira, bu ilişkiler bakımından ihbar etkisinin amacının en az rücu ve tazminat talebine sebebiyet veren ilişkilerdeki kadar mevcut ve geçerli olduğu açıktır. Özellikle husumet kurumu dikkate alındığında, aynı dava içinde düşünülmelerinin ve dolayısıyla kesin hüküm etkisinin kendileri hakkında da câri veya sâri olmasının mümkün bulunmadığı alternatif borçlular ve alacaklılar hakkında da ihbar kurumu ile ihbar etkisinin kabul edilmesi amaca ve maslahata da uygundur.

İhbar etkisi, ihbar edilen davada verilen hükümde yer alan tespit ve hukuki değerlendirmelerin, bu davanın sonucuna bağlı olarak açılan rücu veya tazminat davasında bağlayıcı olmasını ifade eder. Bir tespit veya hukuki değerlendirme içermesi durumunda, kararın hüküm fıkrası açısından

³⁵ Ezcümle **Pekantez**, s. 82 vd.

³⁶ Bkz. **Pekantez**, s. 181 vd.; **Atalı**, s. 141 vd.

da geçerli olmakla birlikte, söz konusu tespit ve değerlendirmelere daha ziyade kararın gerekçesinde yer verildiği dikkate alınır, ihbar etkisi de çoğunlukla gerekçe bakımından ortaya çıkar. Bu yönüyle o, kesin hükümden ayrılır. Zira kesin hüküm sadece hüküm fıkrası bakımından ortaya çıkar. İhbar etkisini kesin hüküm etkisinden ayıran en önemli fark ise, ihbar etkisinin dava sebebine ilişkin olmasına karşılık, kesin hükmün talep sonucu (ve dolayısıyla da hüküm fıkrası) hakkında geçerli olmasıdır. Daha açık bir söyleyişle, ihbar etkisi, davanın sebebini teşkil eden somut vakıaların tespiti ve onların hukuki nitelendirmesiyle ilgilidir. Oysa kesin hüküm, sadece, bu tespit ve nitelendirmelerin kendisine dayanak teşkil ettiği sonuç hakkında geçerlidir. Bağlayıcılık bakımından ise, her iki kurumun benzerlik taşıdığı söylenebilir. Zira, kesin hükmün davanın tarafları ile onların külli ve cüz'î halefleri hakkında geçerli olması gibi; ihbar etkisi de, ihbar eden ile ihbar alan ve bunların küllî ve cüz'î halefleri arasında söz konusu olan rücu veya tazminat davalarında, taraflar ve mahkeme için bağlayıcı olur. Ancak, her hâlükârda, ihbar etkisinin, sadece ihbar eden tarafla ihbar alan kişi arasındaki rücu yahut tazminat davasında ve ihbar alan kişinin aleyhine olmak üzere sonuç doğurduğu unutulmamalıdır³⁷. Bütün bu değerlendirmeler, fer'i müdahale için de geçerlidir³⁸. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, ihbar etkisini, fer' müdahale etkisine atıf yapmak suretiyle düzenlemiştir (HMK. m. 64). Diğer bir ifadeyle, ihbar etkisinin kapsam ve sonuçlarına ilişkin olarak ifade ettiğimiz bu hususlar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu tarafından, esas itibarıyla davaya fer'i müdahale açısından düzenlenmiştir (bkz. HMK. m. 69, II). Bu noktada şunu söylemek mümkündür ki, üçüncü kişinin gerek ihbar üzerine ve gerekse kendiliğinden, görülmekte olan bir davaya, taraflardan biri yanında fer'i müdahil olarak katılması durumunda, bu noktadan itibaren ihbar etkisinden söz edilemeyecek, bilâkis, artık fer'i müdahale etkisi gündeme gelecektir. Buna karşılık, ihbar etkisi, davanın kendisine ihbar edilmesine rağmen davaya, bunu kendisine ihbar eden taraf yanında fer'i müdahil sıfatıyla katılmayan üçüncü kişiyle ihbar eden taraf arasında söz konusu olacaktır. Şöyle ki, dava kendisine ihbar olunan (üçüncü) kişi ile davayı ona

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Atalı**, s. 201 vd.

³⁸ Bkz. **Pekcanitez**, s. 181 vd.

ihbar eden taraf arasında, daha sonra açılan rücu yahut tazminat davasında, ilk davada verilen hükmün yanlış olduğu ileri sürülemeyecektir.

Dikkat edilirse, gerek fer'i müdahale ve gerekse ihbar etkileri, fer'i müdahalenin yahut davanın ihbarının gerçekleştiği ilk davada söz konusu olmamakta, bilakis, davayı ihbar eden tarafla yahut duruma göre yanında davaya fer'i müdahil sıfatıyla katılan tarafla ihbar olunan yahut duruma göre davaya fer'i müdahil sıfatıyla katılan arasında daha sonra açılan rücu yahut tazminat davasında söz konusu olmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, ihbar etkisi ve fer'i müdahale etkisi, ikinci bir davayı (rücu yahut tazminat davasını) şart kılmaktadır.

Öte yandan, davaya fer'i müdahale eden üçüncü kişi, yanında bu sıfatla davaya katıldığı tarafın davayı kazanmasını ister ve bu amaçla ona yardım eder, onun lehine olarak usul işlemleri yapar. Çünkü, yanında davaya katıldığı taraf bu davayı kaybedecek olursa, kendisine (fer'i müdahile) rücu edecek veya kendisi (fer'i müdahil) o tarafa ayrı bir dava açmak zorunda kalacaktır. Keza, davanın ihbarında da, ihbar eden taraf, bu davanın sonucuna bağlı olarak, (davayı ihbar ettiği) üçüncü kişiye rücu edebilecek yahut onun (ihbar olunan üçüncü kişinin) kendisine (ihbar eden tarafa) karşı bir tazminat davası açabilecek durumda olmasını gözeterek bunu yapar (davayı ihbar eder).

Davanın ihbarı ve davaya fer'i müdahale ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununun mevcut düzenlemelerinin ortaya konan bu kısa durumu karşısında, 6552 sayılı Kanunun 64 üncü maddesinin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesinde yaptığı değişiklikten gelen (yeni) ihbar ve fer'i müdahalenin izahı gerçekten çok zordur. Yeni gelen düzenlemeyi tekrar hatırlayacak olursak, ilave edilen metin şöyledir: "*Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında fer'i müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dahi kanun yoluna başvurabilir. Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür.*" Düzenlemenin gerekçesi ise şöyle izah edilmektedir: "... *Diğer taraftan hizmet ekti nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile sigortalılar tarafından işveren aleyhine açılan davalarda dava Sosyal Güvenlik Kurumuna re'sen ihbar edilerek Kurumun bu davalarda artık taraf olmaktan çıkarıl-*

ması, ihbar üzerine davaya davalı yanında fer'i müdahil olarak katılması, davalı taraf başvurmasa dahi kanun yollarına başvurabilmesi, yargılama sonucu verilen kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlü kılınması hedeflenmiştir. / Kurum bu davada taraf olmayıp fer'i müdahil olacağı için dava sonucu verilen kararda Kurum aleyhine yargılama giderlerine hükmolunamayacağı gibi, Kurum lehine de yargılama giderlerine hükmolunamayacaktır."

Yukarıda yapılan tespit ve açıklamalar karşısında, getirilen yeni düzenlemeyle ilişkin aşağıdaki değerlendirmeleri yapmak mümkündür:

1. Hizmet tespit davası, davanın konusu ve dava sonunda verilecek kararın etkisi (fiili hizmet ilişkisinin tespiti halinde söz konusu olacak olan sosyal sigorta ilişkisinin de zorunlu ve kendiliğinden kurulması) dikkate alındığında, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 61 inci ve devamı maddelerinde öngörülen "davanın ihbarı" açısından gerekli koşulları taşımamaktadır³⁹. Şöyle ki, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 61 inci maddesi, ihbar için, "davanın kaybedilmesi ihtimalinde tarafın üçüncü kişiye rücu edebilecek yahut üçüncü kişinin kendisine yönelik bir tazminat talebine muhatap olabilecek" durumda olmasını aramaktadır. Oysa, hizmet tespiti davasında, davalı sıfatını taşıyan ve ihbar sonucu Kurumun kendisi yanında davaya fer'i müdahil olarak katılacağı işveren ile Kurum arasında, "bu davada verilen karara" bağlı olarak, bir rücu yahut tazminat davasının açılması söz konusu değildir. Kurum ile yanında davaya katılan işveren arasında, fiili çalışma ilişkisinin ve duruma göre yapılması gereken diğer bildirimlerin) Kuruma bildirilmemesine bağlı olarak bir ihtilafın doğması elbette ki mümkündür. Ancak bu, davanın sonucuna bağlı olarak ortaya çıkan bir durum değildir. Böyle bir dava hiç açılmasa yahut işveren bu davayı kazansa bile, Kurum, fiili çalışmanın kendisine bildirilmediğinden bahisle işverene karşı, 5510 sayılı Kanun (m. 86) hükümleri gereğince re'sen prim tahakkuk ettirebilir hatta ceza kesebilir. Öte yandan, ihbar olunan davanın sonucuna bağlı olarak Kurum ile işveren arasında bir

³⁹ Öngörülenin "re'sen ihbar" olması bu durumu değiştirmez. Zira, re'sen ihbar, ihbar yapılabilmesinin koşulları bakımından bir hafifletmeyi yahut başkalaştırmayı öngörmez.

ihtilaf çıksa bile Kurum'a karşı dava açılması yahut Kurum'un kendisinin dava açması söz konusu olmayıp, Kurum'un gerekli işlemleri re'sen yapması; bu işlemlere rıza göstermesine veya göstermemesine bağlı olarak ise işverenin (yahut duruma göre işçinin) Kurum'un işlemi aleyhine bir dava açması gündeme gelecektir.

2. Dava kendisine ihbar olunan Kurum'un işveren yanında "fer'i müdahil" sıfatıyla davaya katılması, amaçlanan sonuç yanında, varsa fiili çalışma ile buna bağlı sosyal sigorta ilişkisinin tespitine yönelik gaye, ki Kurum'un davada yer alması bundan dolayı arzu edilmektedir, dikkate alındığında tam bir tezat oluşturmaktadır. Zira, hizmet tespit davasında işçi fiilen çalıştığını ama bunun Kurum'a bildirilmediğini (ve duruma göre bunun yanında başkaca işçilik alacaklarını) işverene karşı ileri sürecek; işveren ise, doğal olarak böyle bir çalışmanın bulunmadığını ve davanın reddini isteyecektir. İşverenin yanında fer'i müdahil olarak davaya katılan Kurum da, bu konum ve sıfatının gereği olarak, işçinin haksız olduğunu, yanında katıldığı işverenin haklı olduğunu savunacak, işverenin davayı kazanması için ona yardım edecektir. Zira, fer'i müdahillik bunu gerektirir ve ancak bunu mümkün kılar. Ama, eğer bir tarafın kazanmasında Kurum'un menfaatinden söz edilebilecekse, bu işveren değil, bilakis işçidir. Zira, işçi bu davayı kazandığı takdirdedir ki, Kurum da işverenden, yatırmadığı primleri yatırmasını isteyebilecek, hatta (biraz daha geniş yorumlanacak olursa) ancak böylece, çalışanların sosyal güvenlik kapsamında olmaları gayesine hizmet etmiş olacaktır. Buna karşılık, Kurum'un davada kendisi yanında fer'i müdahil sıfatıyla yer aldığı işveren davayı kazanacak olursa, Kurum, ona karşı hiçbir talepte bulunamayacak ve işçi sosyal güvenlikten yoksun kalacaktır⁴⁰. Kurum'un varlık sebebi ve davada (fer'i müdahil sıfatıyla da olsa) bulunma amacı, çalışanların sosyal güvenlik hakla-

⁴⁰ Filhakika, bu, hizmet akdine dayalı fiili çalışmasının bulunmadığının mahkemece tespit edilmiş olmasına bağlı bir sonuç olsa bile, bu işçiyle Kurum arasındaki davada, onların herhangi bir sebeple bu sonucu kendi aralarındaki ilişki çerçevesinde arzu etmelerinden yahut davanın kazanılması için gerekli usul işlemlerini yapmamalarından kaynaklanabilir.

rının sağlanması ve korunması olduğuna göre, davadaki menfaati bunun zıddı istikametinde olan işverenin yanında onun ne işi vardır?

3. Kurum'un, hizmet tespit davasında, fer'i müdahil sıfatıyla davalı işveren yanında yer alması, ona, Kurum'un ve işçinin hukuki yararının korunmasına hizmet için elverişli bir konum sağlamadığı gibi, sosyal güvenlik hakkının niteliği ve bundaki kamu yararı gözetildiğinde, Kurum'un usul işlemlerini yapabilmek bakımından, davadaki menfaati bununla tamamen zıt olan işverene tâbi kılınması tam bir tezat oluşturmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 68 inci maddesinin birinci fıkrası, fer'i müdahilin davadaki konumunu ve yapacağı usul işlemlerini şöylece düzenlemektedir: *"Müdahale talebinin kabulü hâlinde müdahil, davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir. Müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir."* Oysa, kendisine, ancak yanında katıldığı tarafın lehine olan usul işlemlerini yapabileceği, hatta kendisinin (yanında davaya katıldığı tarafın - işverenin) lehine olsa bile yaptığı usul işlemlerinin onun (işveren) tarafından geçersiz kılınabileceği bir konum verilen Kurum'un menfaati, yanında davaya katıldığı tarafla çelişmektedir. Fer'i müdahil, yanında katıldığı taraftan ayrı bir dava takip yetkisine sahip bulunmadığına göre⁴¹, Kurum, davada menfaati kendisiyle çelişen işveren yanında fer'i müdahil sıfatıyla yer almakla, maddî gerçeğin ortaya çıkması ve bu temel üzerinde, gerek sosyal güvenlik hakkının korunması ve gerekse bu çerçevede Kurum'un yararının gözetilebilmesi sadedinde ne yapabilecektir? Sahip olduğu fer'i müdahillik konumu ve fer'i müdahil sıfatı, yanında davada yer aldığı taraf olan davalı-işverenin menfaatiyle çelişen, ancak Kurum'un yararına veya işçinin lehine yahut en azından maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet edebilecek usul işlemlerinin, davalı-işveren tarafından geçersiz hale getirilmesini mümkün kılacaktır⁴². Zira, asıl

⁴¹ Ezcümle **Pekcanitez**, s. 137 vd.

⁴² Karş. **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; *Medenî Usul Hukuku*, 25. Bası, Ankara 2014, s. 496-497; **Umar**, Bilge; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası,

taraf, müdahilin yaptığı işlemi geçersiz kılabılır. Aksi takdirde, fer'i müdahilin yaptığı işlemler, asıl taraf için sonuç doğurur⁴³ ki, ki bunu taraf kavramıyla bağdaştırmak mümkün değildir.

4. Kurum'un, yanında davaya katıldığı taraf olan işveren başvurmasa dahi, kanun yoluna başvurabilmesi ise, davada taraf olmayan, kendisine müzaf olarak (en azından doğrudan doğruya) hüküm veril(e)meyen, esas bakımından verilen nihai karar kendisi hakkında kesin hüküm oluşturmayan "üçüncü kişinin" kanun yoluna başvurulabilmesi anlamında, ne dava teorisiyle, ne taraf teorisiyle ne de kesin hüküm teorisiyle kabili telifir.
5. Kurum'un, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten⁴⁴ sonra uygulamakla yükümlü olması, sonucu itibariyle, tarafı olmadığı bir davada verilen kararın kendisi hakkında da kesin hüküm teşkil etmesi (bağlayıcı olması) anlamına geleceğinden, bu sonucu kesin hüküm (HMK. m. 303) müessesesiyle bağdaştırmak mümkün değildir. Şüphesiz, kanunun bunu açıkça emretmesi karşısında, Kurum'un kesinleşen ilgili karar gereğince, işçiyi -mahkeme kararıyla tespit edilen fiili çalışma süresince- sosyal sigortalı kabul etmesi ve bu bağlamda gerekli işlemleri yapması ya da -duruma göre (dava esastan reddedilmişse)- işçinin sosyal sigortalı olma talebini reddetmesi gerekmektedir. Bu düzenlemeyle kimin korunmak istediği ve hangi amacın göz önünde tutulduğu açık değildir. Özellikle işçi ve işverenin davada danişıklı hareket ederek sonucun belli bir şekilde (duruma göre davanın kabulü yahut reddi) oluşmasını sağladıkları

Ankara 2014, s. 248 vd.; **Postacıoğlu**, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 312 vd.; **Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, 378 vd.; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara, s. 337; **Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kâmil M./**Deren-Yıldırım**, Nevhis; Medeni usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 156-157; **Karslı**, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 359-360.

⁴³ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 337.

⁴⁴ Buradaki kesinlikten kasıt, şekli anlamda kesinlik olmalıdır. Şekli anlamda kesinlik ise, ya nihai kararın ya verildiği anda kesin olmasıyla, yahut süresi içinde kanun yoluna müracaat edilmemesiyle ya da bundan feragat edilmesiyle yahut da kanun yoluna müracaatın reddedilmesiyle gerçekleşir.

durumlarda⁴⁵, Kurum'un böyle bir kararı uygulamak zorunda bırakılması, sosyal güvenlik hakkının temel bir insan hakkı olması ile Kurum'un kollamak ve gözetmek durumunda olduğu kamu yararı açısından da ciddi sakıncalar mevcuttur.

6. Yeni düzenlemenin gerekçesi ise tam bir garabet örneğidir. Neticesinde verilecek olan kararı uygulamak zorunda olan Kurum'un hizmet tespit davasında taraf olmaktan çıkarılıp fer'i müdahil konumuna sokulduğu (çok büyük bir marifet yahut buluşmuş gibi) söylenmekte, bununla birlikte ona kanun yoluna müracaat yetkisi verilmiş olması da çok büyük bir imkân olarak sunulmaktadır. Söz konusu olan eğer Hukuk Muhakemeleri Kanununun 66 vd. maddelerinde düzenlen fer'i müdahale kurumu ise (ki böyle olmadığını anlamamız için hiç bir açıklık yoktur), ilk derece yargılamasındaki rolü sınırlı ve yanında katıldığı tarafa bağlı olan birisi, bu yargılama sonunda verilen hükme karşı kanun yoluna müracaat yetkisini kullanmakla, hükmün oluşmasına nasıl bir etki yapabilecektir. Bu noktada, kanun yolu incelemesinin, ilk derece mahkemesince verilen kararın usul ve esas bakımından doğru olup olmadığının denetlenmesinden ibaret olduğu unutulmamalıdır.

Bu arada, Kurum'u taraf olmaktan çıkarmak suretiyle onu, aleyhine yargılama giderlerine hükmolunması tehlikesinden de korumuş olma gerekçesi ise, üstünde durulmayı bile hak etmeyecek kadar akıl ve mantık dışıdır.

SONUÇ

6552 sayılı Kanunun 64 üncü maddesinin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesinde yaptığı değişiklikle maddeye ilave edilen dördüncü fıkra hükmünün getirdiği yenilikleri, Hukuk Muhakemeleri Kanununun ilgili konulara ilişkin temel kurumları ve kurallarıyla bağdaştırmak mümkün değildir. Her şeyden önce, getirilen "re'sen ihbar", davanın HMK. m. 61 vd. anlamında ihbarını gerektiren sebeplerden birine dayanma-

⁴⁵ Şüphesiz, bu durumda Kurum'un HMK. m. 376 (HUMK. m. 446) gereğince "hükmün iptali"ni isteme imkânından söz edilebilir. Ancak bunun için Kurum'un mahkemeye başvurması gerekmektedir.

maktadır. Öte yandan, Kurum için öngörülen fer'i müdahil konumu, hizmet tespit davasının konusu ile tarafları dikkate alındığında ve bu davanın sonucunda verilen kararın kendisi bakımından etkisi gözetildiğinde, asla uygun bir konum değildir. Özellikle, verilen kararın Kurum tarafından uygulanması zorunlu olduğunda onun bu davada taraf olması gerekir. Dava neticesinde verilen kararı kanun yoluna getirme imkânının Kurum'a tanınmış olması, sonuca etkisi gözetildiğinde, pratik açıdan hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Dava neticesinde verilen kararın kesinleşmesinden sonra Kurum tarafından uygulanmasının zorunlu tutulmasının anlamının ne olduğu da belli değildir. Bu, kararın Kurum için de kesin hüküm teşkil eder şeklinde mi anlaşılacaktır yoksa karar ancak kesinleştikten sonra kurum tarafından uygulanır şeklinde mi yorumlanacaktır? Aslında her ikisi de sorunlu sonuçlara yol açabilecek değerlendirmelerdir.

Hizmet tespit davası neticesinde verilen kararın, sosyal sigorta ilişkisinin zorunlu ve kendiliğinden kurulması sebebiyle, Sosyal Güvenlik Kurumunu da ilgilendirdiği açıktır. Ancak bu ilgi, mevcut usul müesseselerimiz ile bunları düzenleyen kuralların başkalaştırılması suretiyle gözetilecek bir durumda değildir. Sosyal Güvenlik Kurumu yanında, üçüncü kişileri de ilgilendirmesi, öte yandan kamu yararı ile de bağlantılı olması sebebiyle, hizmet tespit davalarının, medeni usul hukuku bakımından ayrı usul hükümlerine tabi tutulması mümkündür. Bu bağlamda üçüncü kişilerin davadaki menfaatlerinin korunması amacına yönelik sair müesseseler⁴⁶ yahut dava arkadaşlığı⁴⁷ değerlendirilebilir. Bunun yanında, yargılamaya hakim olan ilkeler ile özellikle ispat ve davanın yürütülmesi bakımından da yasal düzenlemelerin yapılması gerekir. Bu haliyle, hizmet tespit davaları için getirilen ne ihbar gerçek bir ihbar ne de fer'i müdahale gerçek bir fer'i müdahaledir. Kendine has, isabetsiz ve pek çok sorunu hem teorik hem de pratik açıdan içinde barındıran bir düzenleme ile karşı karşıyayız.

⁴⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Budak**, Ali Cem; Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s. 47 vd.

⁴⁷ Dava arkadaşlığının hangi durumlar için düşünülebileceği hakkında Bkz. **Alangoya**, Yavuz; Medeni Usul Hukukunda Dâva Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul 1965 (Tıpkı Basım 1999), s. 53 vd.; **Ulukapı**, Ömer; Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 59 vd.

Kaynakça

- Akyol Aslan**, Leyla; Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011.
- Alangoya**, Yavuz; Medeni Usul Hukukunda Dâva Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul 1965, (Tıpkı Basım 1999).
- Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kâmil M./**Deren-Yıldırım**, Nevhis; Medenî usul Hukuku Esasları, 7. Bası, İstanbul 2009.
- Atalı**, Murat; Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007.
- Aydın**, Ufuk; Sosyal Sigortalarda Sigortalılık Niteliğinin Kazanılması ve Yitirilmesi, TÜHİS 2/2000, s. 32 vd.
- Budak**, Ali Cem; Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000.
- Bulut**, Mehmet; Türk Hukuk Sisteminde Hizmet Sözleşmesi Gereği Açılan Hizmet Tespit Davaları, TBB Dergisi, 2011/97, s. 94 vd.
- Duman**, Barış; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Hizmetlerin Tespiti, Ankara 2002.
- Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014.
- Ermeneek**, İbrahim; Medenî Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009.
- Güzel**, Ali/**Okur**, Ali Rıza/**Caniklioğlu**, Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012.
- Karşlı**, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.
- Karşlı**, Abdurrahim; Usul Hukuku Açısından Rücû Davaları, İstanbul 1994.
- Kuru**, Baki; Tesbit Dâvaları, Ankara 1963.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medenî Usul Hukuku, 25. Bası, Ankara 2014.
- Kuru**, Baki/**Budak**, Ali Cem; Tespit Davaları, B. 2, İstanbul 2010.
- Önen**, Ergun; Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.

- Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespit ve İşçilik Haklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması, Legal İSGHD, 2004/4, s. 1389 vd.
- Pekcanitez**, Hakan; Medenî Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale, Ankara 1992.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- Postacıoğlu**, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.
- Saraç**, Coşkun; Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara 2010.
- Sözer**, Ali Nazım; Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013.
- Tanrıver**, Süha; İlâmlı İcra takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996.
- Tuncay**, Can/**Ekmekçi**, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2013.
- Ulukapı**, Ömer; Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.
- Umar**, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014.
- Uşan**, Fatih; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Bası, Ankara 2009.
- Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000.